علم أصول الفقه

ويليه

تاريخ التشريع الإسلامى

أحمد ابراهيم بك

علم أصول الفقه

ويليه

تاريخ التشريع الإسلامي

أحمد ابراهيم بك

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق

بجامعة فؤاد (الجامعة المصرية)

سابقا

دار الأنصار

مكتبة - طباعة - نشر - توزيع

٨١ شارع البستان أمام بنك الجمهورية عابدين

ت ٩٣١٥٨١

طبعت بالمطبعة الفنية - القاهرة ت : ٩١١٨٦٢

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على ما أنعم به وتفضل: وصلاته وسلامه على سيدنا ومولانا محمد الطاهر الأكمل، وعلى جميع الانبياء والمرسلين، وعباد الله الصالحين المصلحين. وبعد فهذه مذكرة موجزة فى علم أصول الفقه اختصصت بها طلاب الفرقة النهائية من قسم الليسانس بكلية الحقوق بجامعة فؤاد (الجامعة المصرية) في هذه السنة الدراسية (سنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩) سلكت فيها طريقة مبتكرة ابتدأتها، رجاء أن ينتفع بها الطلاب نفعا صحيحا، وأن تكون باكورة عمل نافع لطلاب القوانين والشريعة وأساس بناء صالح لهيكل تشريعى جديد تأتلف فيه الشريعة والقانون فى جميع الفروع بفضل الاخلاص فى العمل، وفهم أن الشريعة فى الشؤون الدنيوية مبنية على أساس العدل فى المعاملات، ومنع ظلم الناس بعضهم لبعض فيها، وأكل الأموال بالباطل، وعلى درء للفاسد وجلب الصالح بالقدر المستطاع الذى يجعل جانب المصلحة هو الارجح دائما فى كل تشريع جزئى. والتوفيق بيد الله:

أحمد ابراهيم
أستاذ الشريعة بكلية
الحقوق

ذو القعدة سنة ١٣٥٧
يناير سنة ١٩٣٩

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

يجب أن يعلم أولا أن النصوص الشرعية تتناول أمرين .

(أولهما) ماتتناوله نصوص القوانين الوضعية من الأعمال المدنية، والقضائية ، وأجزية الجرائم ، والعلاقات الدولية ، وماإلى ذلك .

(ثانيهما) أحكام مايصدر عن الانسان من الأقوال والأفعال بالنسبة للآخرة . فتبين مايجب فعله ؛ ومايجب تركه الخ . ومايترتب على الفعل والترك من استحقاق الثواب والعقاب فى الحياة الآخرى .

فهى تتناول أحكام الحياة الدنيا والحياة الأخرى جميعا، وبذا يكون نطاقها أوسع ؛ وماجاءت به من الأحكام مراعى فيه الحياتان كلتاهما .

وأما القوانين الوضعية فهى غير منظور فيها إلا إلى الأحكام الدنيوية فحسب .

فكل فعل أو قول له فى حكم القانون الوضعى أثر واحد كالصحة والبطلان وترتب المسؤولية واستحقاق الجزاء الخ . وأما فى حكم القانون الشرعى فله أثران ؛ أولهما نظير ماأسلفنا من أثر القانون الوضعى ؛ والثانى كونه فعلا يستوجب عقاب أو ثواب الآخرة .

واضع القانون الشرعى

هو الله ؛ ويقال له الحاكم ، أو الشارع فهو الذى يوجب مايشاء ويحرم ماشاء ويحل ماشاء ، وهو الذى يرتب على الأقوال والأفعال آثارها من صحة وبطلان ؛ لاشريك له فى ذلك ، وعلى هذا أجمعت

الأمة الاسلامية كلها . وقد لاحظ هذا واضع قوانين المحاكم الشرعية عندنا فلم يقل لما أراد أن يمنعه لاقتضاء المصلحة منعه : هذا باطل ، أو محظور ؛ بل قال ملتجئا إلى قاعدة تخصيص القضاء فى مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه : لاتسمع الدعوى (أنظر المواد ٩٨ و ٩٩ و ١٢٩ و ١٣٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وانظر قانون تحديد سن الزواج)

معرف حكم الله

اتفقت الأمة الاسلامية على أن معرف حكم الله بعد مجيء الرسل هو الرسول نفسه ، والرسول يتلقى الشرع عن الله تعالى بواسطة الوحى [1] فيبلغه إلى من أرسل إليهم بلغتهم التى يفهمونها . لكن نظر فريق من المسلمين وهم الأشاعرة [2] إلى جانب الألوهية فقالوا إن الله يحرم ماشاء ؛ ويحل ماشاء ويأمر بما شاء وينهى عما شاء وبالجملة يشرع لعباده مايشاء لأنه رب العالمين ومالك الملك ؛ فعال لما يريد ، لايسأل عما يفعل . وأن مايأمر الله به فهو الحسن الجميل ، وماينهى عنه فهو القبيح الردىء .

ونظر فريق آخر من الأمة إلى جانب اللطف والحكمة والرحمة فقالوا إن الله تعالى — وإن كان قادرا على أن يحرم مايشاء ويحل مايشاء الخ — لكن بمقتضى لطفه وحكمته ورحمته لايأمر إلا بما يراه العقل حسنا من قبل ، ولا ينهى إلا عما يراه العقل قبيحا من قبل .

---

(١) يرجع إلى كل مايتعلق بالوحى فى كتب العقائد الدينية .

(٢) و (٣) سنتكلم على الاشاعرة والمعتزلة فى القسم الثانى من المقرر وهو تاريخ التشريع والادوار التى مر بها الفقه

والواقع أن بعد ماجاء نبينا ﷺ بشريعته السمحة رأيناه بالفعل » أن كل ماأمر به حسن يدرك العقل حسنه ، قبل الشرع ، وكل مانهى عنه قبيح يدرك العقل قبحه قبل الشرع ، غير أن هناك أشياء يتردد العقل فيها فهذه يرجع فى حسنها وقبحها إلى شرع الله تعالى ، فما أمر به منها كان حسنا ، ومانهى عنه منها كان قبيحا . هذا كله بعد مجيء الرسل

أما قبل مجيء الرسول فقالت المعتزلة إن العقل معرف لحكم الله تعالى فما رآه العقل حسنا وجب على الناس فعله فان فعلوه استحقوا الثواب على فعله ، وإن تركوه استحقوا العقاب على تركه . ومارآه العقل قبيحا وجب على الناس تركه فان فعلوه استحقوا العقاب على فعله ، وإن تركوه لأنه قبيح استحقوا الثواب على تركه؟ وهؤلاء رأوا أن العقل يمكنه أن يستقل بادراك الحسن والقبح فى الأفعال وبادراك مايترتب على فعل الحسن من استحقاق المدح والشكر والثواب ، ومايترتب على فعل القبيح من استحقاق الذم والعقاب .

وقد خالفهم الجمهور فى الأخير فقالوا لا ثواب ولا عقاب على فعل قبل مجيء الرسل لأن العقول لا تتفق فى حكمها بل عقل الشخص الواحد لا يثبت فى حكمه على شيء من الاشياء على حالة واحدة . وأمر الثواب والعقاب بيد الله وحده فلا طريقة إلى العلم بشيء منهما الا منه سبحانه وتعالى ويؤيد هذا قوله تعالى « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » ولقد أبعد من قال ان الرسول هو العقل ، لأن القرائن والسياق والنصوص الأخرى تدفع هذا التأويل ولا تقبله . وقال تعالى « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل »

وقد أطال علماء الأصول وعلماء الكلام فى هذا الموضوع وتوسعوا فيه جدا ، وها أنذا جئتك هنا بخلاصة واضحة نقية . ومن شاء أن يطلع على المناقشات فليراجعها فى مواضعها

الحكم

عرفه علماء الأصول بأنه: خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين طلبا أو تخييرا أو وضعا . فقوله تعالى (يا أيها الناس اتقوا ربكم) خطاب منه تعالى للناس بطلب أن يتقوه . وقوله (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) خطاب منه تعالى للمؤمنين بأن يوفوا بعقودهم ، وقوله (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) طلب الكف منهم عن ذلك ، وقوله (فإذا حللتم فاصطادوا) خطاب بإباحة الصيد لهم بعد تحللهم من الاحرام فمن شاء منهم الصيد فهو مباح له . وقوله (أقم الصلاة لدلوك الشمس) خطاب بأنه جعل دلوك الشمس سببا أى علامة على شغل ذمة المكلف بالصلاة ولذا طالب منه إقامتها عند وجود هذا السبب [1] . وقول النبي ﷺ لا يرث القاتل اعلام منه بأن القتل من موانع الارث بعد قيام سببه ، وهكذا فهذه الخطابات هى الحكم الشرعى عند علماء الأصول .

وقال الفقهاء إن الحكم هو الأثر المترتب على الخطاب كالوجوب لتقوى الله والوفاء بالعقود ، والحرمة لأكل الأموال بالباطل . والإباحة للاصطياد بعد الاحلال من الاحرام وسببية الوجوب لدلوك الشمس ومانعية القتل من الميراث .

ولا يترتب على هذا الخلاف فى التعريف أثر عملى .

---

(١) دلوك الشمس غروبها ، وقبل زوالها ، من ميلها عن كبد السماء .

أقسام الحكم

ينقسم الحكم إلى قسمين — تكليفى — ووضعى .

الحكم التكليفى

هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تخييراً . ويندرج تحته خمسة أنواع وذلك لأن الشارع إما أن يطلب إيقاع الفعل ، وإما أن يطلب الكف عنه وإما أن يجعل المكلف فيه مخيرا بين أن يفعل وبين ألا يفعل . وهذا الأخير يسمى إباحة ، والفعل يسمى مباحا . والأول إما أن يطلب إيقاعه حتما وهذا يسمى إيجابا ، والأثر المترتب عليه الوجوب ، والفعل واجب . وإما أن يكون طلبه غير حتم وهذا يسمى ندبا ، والأثر المترتب عليه ندب أيضا والفعل مندوب . والثانى إما أن يطلب الكف عنه حتما وهذا يسمى تحريما ، والأثر المترتب عليه يسمى حرمة ، والفعل محرم ، أو حرام ، وإما أن يطلب الكف عن الفعل طلبا غير حتم وهذا يسمى كراهة ، والأثر المترتب عليه كراهة أيضا ، والفعل مكروه وبذا صارت الأنواع خمسة: الإيجاب والندب والتحريم والكراهة والإباحة .

والواجب إذا كان ثابتاً بدليل قطعى يسمى فرضا كالصلاة والصوم ، وإن كان ثابتاً بدليل ظنى سمى واجبا (فقط) وهذا الفرق عند الحنفية . وقد رتبوا عليه آثارا فقهية . وهذا فى غير الحج على مابين فى محله

وللفرض تقسيم آخر . فرض عين ، وفرض كفاية ، ويقال واجب على العين وواجب على الكفاية .

ففرض العين أو الواجب على العين هو ما يطلب حصوله من كل فرد من أفراد المكلفين كالصلاة والصوم ، وفرض الكفاية أو واجب الكفاية هو

مايقصد الشارع حصوله من مجموع المكلفين لامن شخص ولا من أشخاص معينين منهم. والنوع الأول يجب على كل فرد أن يفعله لأنه واجب عيني عليه. والنوع الثانى إذا قام به بعض المكلفين سقط الطلب عن الباقين. وإذا أهملوه جميعا كانوا آثمين مثاله ـ الصلاة على الموتى، والقضاء، والافتاء، ورد السلام، وأداء الشهادة.

(تنبيـه) إذا تعين شخص للشهادة أو القضاء أو تأدية أى واجب من فروض الكفايات صار الواجب كفاية، واجبا عينا فى هذه الحالة على من تعين له.

الحرام. كذلك الحرام إذا كان ثابتا بدليل قطعى سمى حراما وإن كان ثابتا بدليل ظنى سمى مكروها كراهة تحريمية. وهذا عند الحنفية أيضا.

وعلى هذا تكون الأنواع سبعة.

الفرض، والواجب، والمندوب، والحرام، والمكروه كراهة تحريمية، والمباح.

وثم أفعال طلب الكف عنها لكن من غير إشعار بالعقوبة على فعلها، وقد سموا هذا الفعل بالمكروه كراهة تنزيهية كمنع الوضوء من سؤر الهرة

(أقسام الواجب).

(١) ينقسم الواجب إلى مطلق عن الوقت كالكفارات فإنها تؤدى فى أى وقت من أوقات العمر، لكن الأفضل التعجيل خوف الفوات. ومؤقت بوقت معين. والوقت ينقسم إلى ثلاثة أقسام.

(الأول) الموسع ويسمى ظرفا وهو الذى وسع على المكلف أن يأتى بالواجب فى أى جزء من أجزاء الوقت كالصلوات المفروضة.

(الثانى) المضيق ويسمى معيارا وهو ما كان وقته لايسع أن يؤدى فيه غير ما عينه الشارع له، وهو صوم رمضان.

(الثالث) الواجب ذو الشبهين وهو الحج ، يشبه وقته المعيار لأن العام لا يسع إلا حجا واحدا ، ويشبه الظرف لأن أعمال الحج لا تستغرق كل أشهره[١]

وإذا فعل الواجب فى وقته كان فعله أداء ، فإن كان الأداء غير كامل فاعيد فى الوقت ثانيا سمى إعادة . فاذا فعل بعد خروج وقته سمى الفعل قضاء .

والأداء قد يكون كاملا وقد يكون قاصرا . فالكامل أن يؤدى المطلوب مستكملا لكل الأوصاف الشرعية كالصلاة جماعة . والقاصر أن يؤديه غير مستكمل لتلك الأوصاف كالصلاة منفردا .

ومن أمثلة الأداء الكامل ، رد المغصوب بعينه على مالكه على الحال الذى كان عليه وقت الغصب . فإذا رده مشغولا بجناية جناها (مثلا) كأن يكون المغصوب عبدا جنى جناية بعد الغصب ، كان الأداء قاصرا والقضاء إما أن يكون قضاء بمثل معقول أو بمثل غير معقول . مثال الأول قضاء الصوم بالصوم والصلاة بالصلاة ، وضمان المغصوب بالمثل أو القيمة ، ومثال غير المعقول ـ أى الذى لا يدرك العقل وجه المماثلة بين الأصل والخلف ـ كقضاء الصوم بالفدية عند العجز الدائم إلى الموت وضمان النفس بالمال فى القتل الخطأ .

(٢) وينقسم إلى واجب معين وواجب على الكفاية ، وقد تقدم .

(٣) وينقسم إلى محدد المقدار وغير محدد المقدار فالأول كالصلوات المفروضة والزكوات وأثمان المشتريات ، وغير محدد المقدار كالانفاق فى سبيل الله .

---

(١) اختلف فى الحج هل هو واجب على الفور ، أو على التراخى ، مع الاتفاق على أنه لو أدى فى أى وقت من أوقات العمر كان فعله أداء لا قضاء وإنما تظهر ثمرة الخلاف فى الاثم فمن قال بوجوبه على الفور للقادر عليه المستوفى لشروطه كلها قال إنه يأثم بالتأخير ، ومن قال بوجوبه على التراخى قال لا يأثم . والحج لا يجب إلا مرة واحدة فى العمر بالاجماع .

(٤) وينقسم إلى معين ومخير فالمعين ماطلبه الشارع عينا ، كالصلاة والصوم ورد المغصوب وأداء ثمن البيع ، والمخير ماطلبه الشارع لابعينه حتما من أمور معينة كأحد خصال الكفارة فان من حنث فى يمينه وجب عليه بإيجاب الله تعالى أحد أمور ثلاثة ، اطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة، فاذا أتى بواحد من هؤلاء فقد أدى ماوجب عليه وبرئت ذمته ، والخيار له.

(أقسام المندوب)

تقدم أن المندوب هو ماطلب الشارع فعله طلبا غير محتم ، فاذا فعله المخاطب كان مثابا ، وإذا تركه فلا إثم عليه ، لكنه قد يستحق اللوم والعتاب

وينقسم المندوب إلى ثلاثة أقسام :

(١) سنة هدى وهى ما كانت اقامتها تكميلا للواجبات الدينية كالآذان والجماعة وهذه تاركها ملوم . وقد قالوا لو اتفق أهل قرية على ترك الآذان والجماعة قوتلوا لأنهم تركوا شعيرة من شعائر الاسلام .

(ب) سنة زائدة وهى تشمل ماكان يفعله النبي ﷺ من الأمور العادية كعادته فى أكله وشربه ولبسه وما إلى ذلك . فالاقتداء به فى ذلك حسن وهو علامة حب المقتدى له ﷺ ، ومن ترك ذلك فلا لوم عليه .

(٣) النفل وهو ماشرع زيادة على الفرائض والواجبات والسنن كصلاة التطوع ، وصيام التطوع . والنفل يثاب الانسان على فعله ولا عقاب ولاعتاب على تركه .

(أقسام الحرام)

تقدم أن الحرام هو ماطلب الشارع الكف عنه حتما ، وعلى هذا كان تحته نوعان :

(١) ماثبت طلب الكف عنه حتما بدليل قطعى من نص من الكتاب أو

السنة المتواترة . وهذا هو الحرام عند الاطلاق

(ب) ماثبت طلب الكف عنه بدليل ظنى وهذا من المسمى بالمكروه كراهة تحريمية ، وقد سبق القول فى ذلك .

ويلتحق بما تقدم المكروه كراهة تنزيهية كما تقدم .

(أقسام المباح)

ينقسم المباح إلى ثلاثة أقسام :

(١) أن يصرح الشارع بالتخيير كما إذا قال إن شئتم فافعلوه وإن شئتم فاتركوه .

(٢) ماصرح الشارع بنفى الحرج عن فعله .

(٣) مالم يرد فيه شىء أصلا عن الشارع ، فيبقى على البراءة الأصلية .

(تنبيه) من شاء التوسع فى هذا وفيما سيأتى من تمام الكلام فى الحكم فليرجع إلى كتاب أصول الفقه للاستاذ الشيخ محمد الخضرى عليه رحمة الله ففيه من البيان مافيه الكفاية .

تقسيم الحكم الى رخصة وعزيمة

العزيمة :

هى ماشرع شرعا أصليا عاما لجميع المكلفين فى عموم الأحوال كشرعية الصلاة والصوم

الرخصة :

هى ماشرع استثناء من أصل كلى لمشقة تلحق المكلف لو طلب منه الاتيان بالعزيمة كما إذا كان المكلف مريضا أو مسافرا فى شهر رمضان فإنه رخص له فى الافطار ، وقضاء الصوم فى أوقات أخرى . وكذا [illegible] يصلى قاعدا إذا لم يقدر على القيام . قال الله تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر

وتطلق الرخصة على معان أخرى . منها أن يوضع الحكم كليا ثم يستثنى منه الشارع حالة خاصة لمصلحة يراها . فقد نهى النبي ﷺ عن أن يبيع الانسان ماليس عنده ، ورخص فى السلم فأجازه . ومنها توسعة الله على عباده فى الترخيص لهم بقضاء مآربهم وما فيه اللذة لهم ، والتوسعة عليهم من الأشياء غير المحرمة . ومنها أنه جعل تكاليف هذه الأمة أخف من تكاليف الأمم قبلها فضلا منه ونعمة .

الحكم الوضعى

هو خطاب الشارع المتعلق بجعل الشيء سببا أو شرطا أو مانعا .

السبب :

هو جعل الشيء علامة على تعلق الطالب بذمة المكلف كقوله تعالى « أقم الصلاة لدلوك الشمس » فقد جعل الدلوك علامة على توجه طلب الصلاة الى المكلف . وقد يجعل الشارع الشيء سببا أى علامة على الحل أو الملك أو غيرهما من الآثار المترتبة على العقود الشرعية كالزواج والبيع وما سواهما فهذه العقود ليست مؤثرة بنفسها فى ترتب الحكم بل الشارع هو الذى يرتب الحكم على وجودها صحيحة مستوفية لشروطها وأركانها . وقد يكون السبب مناسبا لشرعية الحكم عقلا كالقتل العمد لاستحقاق القصاص . والسفر لتخفيف الصلاة والرخصة فى الصوم ويسمى السبب فى هذه الحالة علة . فالعلة هى الوصف الظاهر المنضبط الذى جعل مناطا لحكم يناسبه عقلا .

الشرط

هو مايلزم من عدمه عدم الحكم أى عدم الأثر المترتب على العلة أو السبب فوجود المبيع شرط لانعقاد البيع المترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشترى

فاذا كان المبيع معدوما فالبيع لاينعقد . وحياة الوارث عند موت المورث شرط لاستحقاقه الارث فان لم توجد أوكان مشكوكا فى وجودها فلاإرث وبذا ينعدم حكم سببية موت المورث لإرث الوارث

المانع

هو مايلزم من وجوده عدم الحكم ، على عكس الشرط كالقتل العمد يمنع الوارث من الارث إذا قتل مورثه مع قيام السبب لاستحقاق الإرث — وكالمحرمية تمنع حل المرأة لمن عقد عليها وهو محرم لها

ولا بد لكل من الشرط والمانع من حكمة مصلحية وقد بين ذلك بالتفصيل فى مواضعه

الصحة والبطلان

الصحة هى ترتب المقصود من الفعل عليه فى الدنيا وفى الآخرة . فاذا أدى المكلف مافرض عليه من الصلاة (مثلا) ترتب على ذلك براءة ذمته فى الدنيا كالمدين يؤدى ماشغل ذمته من الدين . وترتب على ذلك استحقاق الثواب فى الآخرة كما وعد الله تعالى فضلامنه ونعمة وإذا باشر الإنسان عقدا من العقود مستوفيا أركانه وشروطه كالبيع (مثلا) ترتب على ذلك انتقال ملك المبيع إلى المشترى وتقرر الثمن فى ذمته للبائع . وقد يثابان جميعا إذا حسنت من كل واحد منهما النية وأراد بعمله تحقيق غرض الشارع وامتثال أمره . ويقال للفعل فى هذه الحالة من صلاة وبيع وغيرهما أنه فعل صحيح

البطلان

هو ألا يترتب على الفعل آثاره الدنيوية لخلل فى أركانه أو شروطه كما إذا صلى شخص بغير وضوء كانت صلاته باطلة لاتبرأ منها ذمته ، ويجب

عليه إعادتها . وكما إذا وهب الصبي هبة كانت هبة باطلة فلا يملك الموهوب له الشيء الموهوب ويجب رده أو ضمانه إن هلك

ثم إن كان الخلل فى ركن العبادة أو شرطها كانت العبادة مع هذا الخلل باطلة بالاجماع ، وان كانت المخالفة فيها راجعة إلى أمر خارج عنها مع سلامة الأركان والشروط كالصلاة فى الأرض المغصوبة ، فعلى قول الجمهور تكون الصلاة صحيحة لأنها هى فى ذاتها قد وقعت موافقة لما أمر به الشارع ، وإن كان فاعلها يستحق المؤاخذة على تلك المخالفة الخارجة عن نفس العبادة .

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الصلاة باطلة من أجل مخالفة أمر الشارع . والمؤاخذة الأخروية موكول أمرها إلى الله .

و كذا المعاملات كالبيع (مثلا) إذا كان الخلل فى ركنه أو فى شروط انعقاده كان باطلا بطلانا كليا فلا يترتب عليه أثر مابل يكون فى حكم العدم من حيث إفادته حكمه من ملك وحل الخ

وإن كان الخلل فى وصفه كالبيع بثمن مجهول ، أو ثمن معلوم مؤجل وقد جهل أجله . فمن الفقهاء من نظر إلى المخالفة فى ذاتها فحكم ببطلان العقد كذلك .

ومنهم من نظر إلى أن الفعل فى أصله مشروع وأنه ليس عبادة ولا موضوعه الحل فقط كالزواج فكان بحسب الأصل مشروعا لكن فاعله ارتكب مخالفة فى بعض أوصافه فاعتبره فاسدا وجعله فى منزلة بين منزلتين . وبذا صار للعقد أوصاف ثلاثة .صحيح ، وباطل ، وفاسد ، وتعرف أحكام العقد الفاسد والفرق بينه وبين الصحيح فى كتب الفروع فلا نعرض لها هنا وإن كان العقد سليما بأركانه وشروطه لكن خولف فيه أمر الشارع لأمر خارج عنه كالبيع بعد النداء إلى صلاة الجمعه فذهب الجمهور أن البيع صحيح تترتب عليه آثاره كلها

وذهب فريق من الفقهاء إلى أنه باطل من أجل المخالفة .

(تنبيه) الرخصة والعزيمة والصحة والبطلان مندرجة تحت الحكم الوضعى

والآن أبين مواضع النصوص الشرعية التى نزل بها الوحى وتضمنت حكم الله تعالى من جهة التكليف ومن جهة الوضع فأقول .

النصوص الشرعية التى جاء بها الوحى

وبلغها إلينا الرسول

بعضها فى القرآن الكريم ، وبعضها منقول عن النبى صلى الله عليه وسلم ، غير القرآن ويسمى بالسنة . فمجموعة النصوص التى جاء بها القرآن وجاءت بها السنة هى قانون الشرع الاسلامى ، وقد أجمعت الامة على هذا

القرآن الكريم

ويقال له الكتاب ، وهو مستغن عن التعريف . وهو أساس الشرع الذى بنيت عليه أحكامه وأصلها وينبوعها وكل مابين الدفتين ثابت ثبوتا قطعيا لاشك ولاريب فيه بطريق التواتر القطعى من لدن نزل به الروح الامين ، على قلب الرسول صلى الله عليه وسلم من رب العالمين إلى الآن . فالقرآن الذى هو بين أيدينا هو نفس القرآن فى عصر الرسول وفى الأعصار بعده ، لاتحريف ولاتغيير ولاتبديل فيه (إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون)

السنة النبوية

هى فرع الكتاب ، ومكملة له . وهى ما نقل إلينا عن الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير ، غير القرآن . وأكثر السنة ثابت بالوحى وبعضها ثابت بالاجتهاد من النبى ﷺ . والسنة يجوز نقلها بالمعنى لمن هو عارف باللغة العربية حق المعرفة ، وقائم لما ينقله وضابط له : من كل عدل ثقة . وأما القرآن فلا يجوز نقله بالمعنى إذ نظمه ومعناه كلاهما من الله تعالى ويتعبد بتلاوته فى الصلاة وغيرها . وترجمته إلى غير اللغة العربية تخرجه عن تسميته قرآنا ، وإن كانت كاشفة عن معانيه عند من يفهم تلك اللغة التى ترجم إليها على قدر ما فهم المترجم وقد يخطىء

ومن أمثلة السنة القولية ، قوله ﷺ ، إنما الأعمال بالنيات ، وقوله من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها ، لا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك .

ومن أمثلة السنة الفعلية بيانه بالفعل لما أجمله الكتاب كالصلاة ، والحج

---

(١) معنى السنة فى الأصل الطريقة المتبعة . وتطلق أيضا على البدعة ، تقول فلان يعمل بالسنة إذا كان تابعا فى عمله لعمل الرسول ومقتديا به ، ومن ذلك أهل السنة ، وهم السواد الأعظم من الامة ، وتقول فلان مبتدع أو من أهل البدعة إذا كان منحرفا عن طريقة الرسول فى عمله ، وهذا ينتظم أهل البدع جميعا ، وهم المقابلون لأهل السنة .

ويطلق لفظ السنة أيضا على عمل الصحابة ولا سيما الخلفاء الراشدين لأنهم ما كانوا يخرجون عن اتباع الرسول ، ومارسه لهم الدين ، ثم هم أعلم بالشرع ممن جاء بعدهم لأنهم تلقوه عن الرسول مباشرة فكان فهمهم إياه أكمل ، وعلمهم به أتم . وتقول فلان على سنة السلف الصالح ، أى على طريقتهم

وقضاؤه بشاهد واحد ويمين المدعى .

ومن أمثلة التقرير ، كل ماأقره ولم ينكره مما رآه أو سمعه من عمل أصحابه بحضرته أو فى غيبته ، وقد يظهر منه ﷺ مايدل على استحسانه ورضاه به . ومن أمثلة ذلك أنه لما أرسل معاذا إلى اليمن قاضيا قال له بم تقضى؟ فقال بكتاب الله ، قال فان لم تجد ؟ فقال بسنة رسول الله ، قال فان لم تجد ؟ فقال أجتهد رأيى فقال النبى ﷺ الحمد لله الذى وفق رسول رسوله لما يرضى الله ورسوله .

ومن أمثلة التقرير أيضا أنه لما طعن الطاعنون فى نسب أسامة بن زيد ـ وكان الفراش قائما بين زيد وأم أسامة أى كانت زوجة له حين ولدت ولده أسامة ـ عرض الأمر على القائف(١) فنظر القائف إلى أقدام زيد ، وإلى أقدام أسامة بعد أن غطيا كلاهما حاشا أقدامهما فحكم القائف بأن أقدام أسامة من أقدام زيد . فظهر حينئذ على النبى ﷺ الاستبشار ، فاستدل جمهور الفقهاء بهذا على أن القيافة تعتبر طريقا لثبوت الدعوى . وخالف فى ذلك أبو حنيفة معللا استبشاره ﷺ بأنه لم يكن من الحكم وإنما هو من اقتناع الطاعنين بما حكم به القائف ولما يترتب على ذلك من كفهم عن الطعن فى نسب أسامة بن زيد لكن يرد على أبى حنيفة بأن ترك انكار الرسول للقيافة ظاهر فى أنها حق إذ لايجوز ترك انكارها إلا إذا كانت حقا فى نظره

---

(١) القائف هو الذى يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود . والقائف أيضا هو الذى يتبع الأثر يستدل به على صاحبه ، والجهة التى ذهب اليها . وفعله قاف يقوف قفوا أى تتبع الأثر أو نظر فى العلامات التى تربط شخصا بآخر برباط النسب . وجمع القائف قافة ، واسم العمل نفسه قيافة . وللعرب فى القيافة باع طويل ومعرفة عجيبة مدهشة وكذا العرب فى السودان المصرى وقد نقل لنا عنهم من الأخبار فى ذلك مالا يكاد يصدقه السامع .

نقل السنة إلينا

فى السنة ماهومتواتر ، نقله عن الرسول ﷺ جمع يؤمن تواطؤهم واتفاقهم على الكذب عادة ، ثم نقله عن هذا الجمع جمع مثلهم ، وهكذا حتى وصل الينا . وهذا القسم من السنة مقطوع بثبوته عن النبى ﷺ فهو من حيث الثبوت كالقرآن ، إذ كل منقول عن الرسول بالتواتر المفيد لليقين الذى لا شك ولا ريب فيه . ومنها مانقل الينا بغير طريق التواتر بل نقل آحادا أولا ثم اشتهر وتلقته الأمة بالقبول ، وهذا القسم قريب من الأول يفيد الطمأنينة ومنها ما نقل آحادا ولم يشتهر كالأول ، وقد يكون متواترا فى الأول ثم ينقل آحادا . وهذا القسم ان كان جميع رواته من لدن الرسول حتى وصوله الينا ثقات عدولا ضابطين لما سمعوه : كان ما نقلوه الينا مفيدا للحكم الشرعى فى المسائل العملية دون العقائد بناء ثبوته ثبوتا ظنيا راجحا ، والظن الراجح كاف فى العمليات دون العقائد التى ترتكز على الأدلة القطعية .

ومما تقدم يتبين لك أن القرآن كل نصوصه قطعية الثبوت ، وأن السنة منها ما هو قطعى الثبوت أو قريب من ذلك ، ومنها ماهو ظني الثبوت ظناً راجحاً آتياً من الثقة بالرواة . وهذه الأقسام الثلاثة للسنة إنما هى بالنسبة لمن لم يسمعوا الحديث من الرسول ولم يروا فعله ولا تقريره ، وأما الذين شاهدوا ذلك منه فالسنة كلها ثابتة عندهم قطعا ثبوت شهادة وعيان

الخلاصة

ويستخلص مما تقدم أن مجموعة النصوص الشرعية من الكتاب والسنة معا تنقسم أربعة أقسام :

(القسم الأول)

النصوص القطعية الثبوت ، والقطعية الدلالة معا ، وهى نصوص القرآن التى لا تحتمل التأويل ، ونصوص السنة المتواترة النقل ، التى لا تحتمل التأويل ، وهذه النصوص تفيد العلم الذى يقطع كل احتمال ، أو يقطع الاحتمال غير الناشىء عن دليل ، أى تفيد اما علم اليقين واما علم الطمأنينة

(القسم الثانى)

النصوص القطعية الثبوت ، الظنية الدلالة وهى نصوص القرآن المحتملة للتأويل أو التخصيص أولهما معا أو للتفسير ، أو النسخ ، وسيأتى كل ذلك فى موضعه ومثلها فى ذلك السنة المتواترة

(القسم الثالث)

النصوص الظنية الثبوت القطعية الدلالة وهى نصوص السنة غير المتواترة لكنها لا تحتمل التأويل ولا التخصيص

(القسم الرابع)

النصوص الظنية الثبوت الظنية الدلالة ، ولا يكون هذا القسم إلا فى نصوص السنة غير المتواترة المحتملة لصرفها من ظاهرها [1]

---

(١) وللسنة موسوعات بين أيدينا احتوت كل مانسب إلى النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير أو انكار من الرسول لبعض ما رآه أو سمعه ، وقد اشتملت هذه الموسوعات فى مجموعها على صحيح الأحاديث وضعيفها وموضوعاتها وبيان مايقبل منها ومالا يقبل لضعف فى سنده ، أو لعلة فيه يدركها نقاد الحديث ذوو الذوق السليم فى إدراك الصحيح والزائف كالصيرفى الماهر الذين مارسوا

(ملاحظة)

ويلاحظ أن نصوص القوانين الوضعية لاوجود للقسمين الثالث والرابع فيها لأنها مضبوطة محفوظة مدونة منتشرة تحت عين الدولة وسمعها . بخلاف نصوص السنة فإنها لم تدون فى عهد الرسول الأمين . بل دونت بعده بزمن طويل . كما ستعرف هذا فى تاريخ التشريع .

وعلى هذا لايحتاج فقهاء القانون إلى النظر فى سند النص ، لأن المتن ثابت عندهم قطعا لما أسلفنا ، بخلاف فقهاء الشريعة بالنسبة لنصوص السنة غير المتواترة ، فإنهم ينظرون فى سند المنقول عن الرسول حتى يغلب على ظن المجتهد أن الرسول قال هذا ، وقد يضعف أحدهم سندا يصححه غيره ، بل ربما ينكره . وليرجع لمعرفة ذلك إلى كتب الأصول والفقه والحديث والخلاف. وأما متن كل من القانون الشرعى ، والقانون الوضعى فالنظر فى فهم المراد من كل منهما يصح بناؤه على قواعد واحدة لأن الكل تشريع مكتوب بلغة من

هذه الصناعة حتى صار لهم ملكة فيها مع ما أنعم الله به عليهم من دقة الفهم وقوة النظر . بمعونة هذه الموسوعات يتيسر لنا أن نستأنف عمل الأولين من السلف الصالح ونجدد بناء هيكل التشريع على أساس أمتن وأدق ، وشكل منظم جميل جذاب . وكيف لا يمكن هذا ومستندات الشرع كلها بين أيدينا وماقام به سلفنا الصالح بالبحث والتمحيص والتدوين وتمييز الغث من الثمين ، والجيد من الردىء فى متناولنا ، ومقاصد الشريعة فى حق أمور الدنيا والآخرة معلومة لنا فأى شىء يمنعنا من تجديد الهيكل بما يسر الناظرين ، وينفع الناس أجمعين ويأتى بالخير والبركة من جميع الوجوه . وقد كتبت مقالة وافية فى ذلك فى مجلة كلية الحقوق فى سنة ١٩٢٧ فى شهر ديسمبر . والآن وجدت بمصر باكورة مبشرة لهذا العمل النافع نرجو أن تكون باكورة خير بإذن الله تعالى .

اللغات ، هذا الهى وذاك وضعى . ومن أجل هذا راعيت بالقدر المستطاع فى الامثلة التى أذكرها أن أذكر أمثلة من النصوص الشرعية ، وأمثلة أخرى من النصوص القانونية ليعرف طالب القانون أن القواعد التى وضعت لفهم المراد من نصوص القانون الشرعى ، يمكن استخدامها لفهم المراد من نصوص القانون الوضعى ، خصوصا بالنسبة لمصر لأن قوانينها مكتوبة باللغة العربية ، وبهذا يستفيد طلاب القوانين فائدة عملية عظمى من معرفة علم الأصول وقواعده المعينة على فهم المراد من النص بما يكون هو الصواب أو الأقرب إلى الصواب على الأقل .

وبهذا يكون طالب القانون والناظر فى نصوصه بمنجاة من الخلط والخبط فى فهم نصوصه ويكون تعبيره فى شرحه للنص تعبيرا منضبطا دقيقا ، (أو فنيا كما يقول بعضهم) وتصويره تصويرا جميلا ، وبناء عبارته متينا .

منزلة السنة من الكتاب

للسنة من الكتاب أربع منازل

(المنزلة الأولى) سنة موافقة نصوصها لنصوص الكتاب ، وتعتبر هذه السنة مؤكدة لما فى الكتاب

(السنة الثانية) سنة مفسرة لنصوص الكتاب المجملة ومبينة للمراد منها بيانا مفصلا . وسنة مقيدة نصوصها لما جاء من الاطلاق فى نصوص الكتاب وسنة مخصصة نصوصها لما جاء من العموم فى نصوص الكتاب .

(السنة الثالثة) سنة ناسخة لبعض ماجاء فى الكتاب .

(السنة الرابعة) سنة أتت بأحكام زائدة على ماجاء به الكتاب ، اما بوحى واما باجتهاد من الرسول المعصوم الذى لا يقره الله على خطأ مثل

الحكم بشاهد واحد ويمين المدعى ، ومثل تحريم الجمع فى الزواج بين المرأة وعمتها أو خالتها.

وكل ماجاء به الرسول واجب علينا الأخذ به لانه شرع ؛ كالذى جاء به القرآن ، وإن كان فى المرتبة الثانية بالنسبة لكتاب الله . وليس . هو كالمذكرات الايضاحية لمشروعات القوانين ولا كأحكام المحاكم ولا كأقوال الشراح بل هو جزء متمم لقانون الشرع الاسلامى الاصلى وهو القرآن الكريم ؛ فكلاهما شرع يجب اتباعه والعمل به

قال الله تعالى « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » وقال « لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة »

نصوص أخرى احتج بها بعض الفقهاء
وجعلوها من أصول الأحكام الشرعية

شرع من قبلنا

المراد به شرع الرسل السالفين ، صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين وقد ذهب فريق من أئمة الشرع الاسلامى منهم أبو حنيفة ومالك إلى أن شرع من قبلنا إذا ثبت نقله الينا ثبوتا لاشك فيه ، ولم ينسخه شرعنا اعتبر من أصول الأحكام الشرعية عندنا . وعلى هذا الأساس استدل أبو يوسف على أن الرجل إذا قتل امرأة عمدا عدوانا يقتل بها بقوله تعالى حكاية عن شريعة التوراة « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » الآية . ومن ذلك قوله تعالى حكاية عما فى صحف ابراهيم وموسى « ألا تزر وازرة وزر أخرى ، وأن ليس للانسان إلا ما سعى » الآيات

واستدلوا على ماذهبوا اليه بقوله تعالى « ثم أوحينا اليك أن اتبع

ملة ابراهيم حنيفا » وبأن النبي ﷺ كان يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم يؤمر فيه بشيء .

وذهب فريق آخر الى الاقتصار على نصوص الكتاب والسنة أخذا بظاهر قوله تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » لكن التأويل هنا ممكن بأنه لامانع من بقاء بعض أحكام من الشرائع السالفة لصلاحية العمل بها زمن شريعتنا ، وأما مالم يعد يصلح العمل به فقد اقتصر فيه على زمنه : وهذا لاينافى أن يكون لكل رسول شرعة ومنهاج فى جملة نصوصه وأحكامه .

ومما خطر ببالى وقت كتابة ماتقدم وقد رأيته من الأهمية بمكان ماروى عن النبي ﷺ أنه قال هممت أن أنهى عن الغيلة فنظرت الى الروم وفارس فاذا هم يغيلون أولادهم فلا يضر ذلك أولادهم شيئا والغيلة هى أن ترضع المرأة ولدها أو ولد غيرها وهى حامل .

ومن هذا يفهم كل ذى فهم : ويدرك كل ذى لب أن هذا المصلح العظيم ، والنبي الكريم ، ورسول رب العالمين ، لم يستنكف أن يقتدى بالروم وفارس فيمالاضرر فيه من مقتضيات شؤون الدنياوقد علمنا بذلك رعاية المصلحة أنى كان مأخذها . وبعد فقد قال الله تعالى « فبشر عبادى الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولو الالباب » .

وقد اقتدى بالرسول الاعظم فى ذلك خلفاؤه المهديون ولا سيما عمر رضى الله عنه فقد اقتدى بالروم وفارس فى وضع الدواوين وما إلى ذلك مما يقتضيه نظام الدولة فى حالتى الحرب والسلم وماتقتضيه المصالح

ولا يتنافى مع ماجاء به الدين ، والكلام فى هذا يطول ولا يتسع له المقام هنا . وسنذكر شيئا من ذلك عند الكلام فى المصالح المرسلة

مذهب الصحابى . أى أقضيته وفتاواه وآراؤه الشرعية اعتبره بعض أئمة الفقهاء من الأصول التى تؤخذ منها الأحكام الشرعية ، فيجب على المجتهدين الذين جاءوا بعد الصحابة أن يأخذوا بما ذهب إليه الفقيه من الصحابة ولا تجوز مخالفته ولو كان رأيه اجتهاديا. وذلك لأن الصحابة أقرب إلى فهم مراد الشارع ممن جاء بعدهم. وذهب الجمهور إلى أنه ليس بحجة مطلقا ، اذ آراؤهم يجوز عليها الخطأ والصواب كآراء غيرهم إذ الكل غير معصومين حاشا رسل الله الكرام. وفصل بعض العلماء فى المسألة فقال ان كان ما قاله الصحابى مما لا يدرك بالرأى فهو حجة لان الظاهر أنه لم يقله من نفسه فيحمل على أنه سمعه من الرسول كالذى روى عن عائشة رضى الله عنها أن الحمل لا يمكث فى بطن أمه أكثر من سنتين . وإن كان مما يدرك بالرأى ، وقد اشتهر ولم يعلم فيه خلاف فكذلك . ويسمى هذا اجماعا سكوتيا ومن أمثلته ما استقر عليه الرأى فى عهد عمر من جعل حد السكر ثمانين جلدة . وفيما عدا هذين تردد . والراجح الاقتداء بما ثبت عن الصحابة الكرام للمعنى الذى أسلفنا إذ الصحابى يكون بذلك أقرب الى اصابة الحق ولاسيما إذا كان فقيها مبرزا . وقد أخذ أبو حنيفة برأى أبى بكر فى ميراث الجد مع الاخوة ، وأخذ الشافعى برأى زيد بن ثابت فى ذلك ، وأخذا جميعا برأى العباس فى العول . وهكذا مما لا يحصى كثرة . وقد توسع بعض الفقهاء

فرأى الاحتجاج أيضا بأقوال بعض كبار التابعين كشريح القاضي في الاقضية والفتاوى .

والاسلم ألا يعتبر شيء من ذلك أصلا شرعيا كنصوص من الكتاب والسنة يتحتم الاخذ به ؛ بل يترجح الأخذ به بعد عرضه على محك النظر وطمأنينة نفس المجتهد إليه . فأقضية الصحابة وفتاواهم وكذا كبار التابعين أشبه شيء بها عندنا الآن أحكام محكمة النقض والدوائر المجتمعة وأقوال الشراح المعتبرين ليس شيء من ذلك في قوة نص القانون ولكن له قوة الترجيح بعد انعام النظر .

أقوال الأئمة المعصومين عند الشيعة من آل البيت النبوى

ذهبت الامامية (١) الى اعتبار ما نقل عن أئمة آل البيت النبوى على وأولاده عليهم السلام نصوصا يجب الأخذ بها في الاحكام الشرعية لصدورها عن المعصوم (في اعتقادهم) فهى كالاحاديث المروية عن النبي ﷺ .

ولم يتعرض علماء الأصول . من غير هؤلاء الشيعة لاستعراض مذهبهم ولا للتكلم معهم ، ولكن الشيعة الامامية في كتب أصولهم تعرضوا لخلاف غيرهم وسموهم العامة .

وقد رأيت أن أنبه الطلاب الى هذا المذهب لأننا سواء غضضنا النظر عنه كما فعل الأولون منا، أم نبهنا إليه . هو مذهب حى وله فقهاء واسعو

(١) هم طائفة من المسلمين لهم رأى خاص في الامامة العظمى ، ويقولون بعصمة على وأولاده وبانحصار الامامة فيهم الى الامام الثاني عشر وهو المهدى المنتظر . وسأذكر تاريخهم باختصار في تاريخ التشريع

الاطلاع جدا وعميقو البحث جدا كما يظهر ذلك لمن يخالط كتبهم ويتغلغل فيها ، وقد فعلت ذلك ولله الحمد ومذهبهم منتشر الآن في بلاد فارس والعراق وبعض نواحي الشام . وسأشرحه شرحا مناسبا في تاريخ التشريع .

الخلاصة

والخلاصة أن نصوص قانون الشرع الاسلامي هي نصوص الكتاب والسنة ولا معول عند جمهور الائمة على غيرها من النصوص .

فاذا وجد منها نص محتمل للتأويل لكن أجمع الفقهاء على تعيين أحد وجوه احتمالاته ، أو حديث أجمع الفقهاء على الأخذ به وجب الأخذ بما أجمعوا عليه : وهذا هو الاجماع . وقد تستنبط بعض الاحكام بالاجتهاد أو بالقياس على ماسيأتي في موضعه والآن نتكلم على استثمار الاحكام من النصوص .

استثمار الاحكام من النصوص

يراد بذلك بيان القواعد التي يستعان بها على معرفة الاحكام واستخراجها من النصوص الدالة عليها بظواهرها وبمعانيها أي عللها وأوصافها المناسبة للحكم المنطوية عليها .

إذا تقرر هذا فاعلم أن النصوص الشرعية من الكتاب والسنة ماهي الا مركبات عربية مؤلفة من مفردات ذات معان تدل عليها بطريق الحقيقة أو المجاز ، وهيآتها تدل على معان تعرف بواسطة قواعد النحو والبيان فلابد اذاً لطالب الحكم الشرعي من تلك النصوص أن يكون عارفا بمعاني المفردات اللغوية ، وفيم استعملت وبعلم الاشتقاق والصرف وقواعد

النحو والمعانى والبيان ليستعين بكل أولئك على فهم النصوص من حيث كونها جملا عربية تدل على معان بمفرداتها وهيآتها. وفى كتب علم الاصول قواعد أخرى أخص مما ذكرنا وأشد التصاقا بالنصوص من حيث التوصل بها إلى معرفة الحكم المراد من النص .

ولذا يجب على طالب الحكم الشرعى من نص فى الكتاب أو السنة أن يكون عارفا بما أسلفنا ليكون فهمه للحكم الشرعى صوابا بالقدر المستطاع . وعلى ذلك يجب معرفة الدلالات . ومعرفة ظهور المعنى وخفائه والمشترك والعام والخاص ، والمطلق والمقيد والمنطوق والمفهوم والأمر والنهى ، والناسخ والمنسوخ ، والحكم عند تعارض الأدلة وما إلى ذلك . كما أنه يجب أن ينظر فى عادات العرب وعلاقات التشريع بها وبكل حالاتهم الاجتماعية ، وأسباب نزول الآيات ، وورود الاحاديث وما إلى ذلك . وينظر أيضا فى مجموع النصوص عامها وخاصها الى مقاصد الشارع من التكليف ووضع الشرع للناس . وسأشرح بايجاز فى شرح ماتقدم تباعا بقدر مايتسع له الوقت ويتحمله المقام .

ولكنى سأقدم هنا مقدمة أرجو أن تكون نافعة ان شاء الله تعالى (١)

(١) يقول علماء القانون . يجب أن يرجع القاضى الى الالفاظ والعبارات التى استعملها المشرع للتوصل الى معرفة قصده الحقيقى مع الرجوع الى مجموع القانون كله ، لان كله من عمل الشارع نفسه ،

---

(١) اقتبست كثيرا من العبارات القانونية من كتاب أصول القوانين للاستاذين كامل بك مرسى والسيد بك مصطفى ، وبعضها من كتاب أصول القانون للاستاذ السنهورى بك وسائرها من مراجعاتى

وذلك لاستنباط المعنى الحقيقى إذ القانون كله متعلق بعضه ببعض ، ويفسر بعضه بعضا . وبالبحث فى مجموع النصوص قد يوفق المفسر الى كلمة أو عبارة أو أى شيء آخر ينوره ويرشده الى الصواب . أقول ونحن نقول هذه المقالة بعينها بالنسبة للقانون الشرعى الاسلامى المؤلف من مجموعتى نصوص الكتاب والسنة . فيجب نظر المفتى والقاضى وكل طالب لحكم شرعى فى المجموعتين كلتيهما حتى يتبين هل النص العام على عمومه أو اتصل به التخصيص ، وهل المطلق على اطلاقه أو هناك مايقيده ، وأين هو بيان النصوص المجملة ، وبما يزال الاشكال اذا أشكل الامر فى فهم المراد بالنص ، وهل النص منسوخ أو محكم ، واذا كان منسوخا فما ناسخه : وهكذا. وقد نعى الكتاب على الذين أخذوا ببعض الكتاب وتركوا بعضه ، فجعلوا القرآن عضين . ولقد سمعت أكثر من مرة من شيخى العالمين الجليلين الشيخ حسن الطويل الذى درست عليه علم الأصول والتفسير ، والأستاذ الامام الشيخ محمد عبده الذى تثقفت به الثقافة العامة أن القرآن يفسر بعضه بعضا ، وكان كل منهما رحمهما الله تعالى يفسر بعض القرآن ببعض بسرعة مدهشة . وأقول إذا كان هذا بالنسبة للقرآن وحده فما بالك لو ضمت السنة الصحيحة الثابتة إلى القرآن أفلا يكون الأمر أوضح وأبين ، ومعرفة مراد الشارع على طرف الثمام .

(٢) ويقول فقهاء القانون : أنه يستعان أيضا على معرفة ما قصده الشارع بالأعمال التحضيرية والمستندات الرسمية التى وضعت وقت عمل القانون ودون فيها الغرض منه ، والمناقشات التى حصلت

بشأن القانون عند عمله : وإلى المشروع الأصلى للقانون ، والمذكرات الايضاحية التى يتقدم بها القانون المناقشة الخ كل ذلك يساعد على فهم القانون وتحديد ماأراده الشرع .

أقول : ان من أعظم مايستعان به على فهم المراد من النصوص الشرعية معرفة أسباب نزول الآيات وأسباب ورود الأحاديث ، والتدرج فى التشريع حتى لايفاجأ الناس بما يقطعهم عما ألفوه وتوارثوه مرة واحدة ، وعادات العرب فيما وردت النصوص باصلاحه ووضعه على أساس متين ، وجعل بنائه سليما كما فى الزواج والطلاق بكل فروعه، وكذا مامنعه الشارع منعا كليا وشرع للناس ماهو خير منه . فقدكان المدين يباع فيما عليه من الدين فأبطل الاسلام ذلك بقوله تعالى « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » . وبالجملة فمايساعدعلى فهم النصوص الشرعية مساعدة عظيمة معرفة أسباب النزول وورود الأحاديث وعادات العرب التى ارتبط بهاالشرع الاسلامى الغاءوابطالا ، أو إقرارا، أو تعديلا واصلاحا .

(٣) ويقول علماء القانون ان القاضى يرجع فى بحثه إلى الاسباب التى دعت إلى عمل القانون لاستقصاء الظروف التى عمل فيهاوإلى الحاجات الاقتصادية التى رأى سدها ،والاعتبارات الاجتماعية والأدبية والسياسية التى راعاها المشرع .

أقول ــ ان قاضى القوانين الوضعية يقضى بنصوص تلك القوانين على مارسم له فهو يستعين فى طلبه حكم حادثة من الحوادث بالنظر فى الأسباب المذكورة آنفا . وأما القاضى الحقيقى الذى يحكم بقانون الشرع

فانه يستعين فى طلب حكم حادثة من الحوادث بالنظر فى أسباب مجىء النصوص التى يلتمس الحكم منها على ما أسلفنا ، وينظر فى الظروف التى ورد فيها النص وارتباط النصوص بتلك الظروف فمجال بحثه واسع جدا ، وهذا هو القاضى المجتهد الذى يحكم بما أنزل الله ولو بطريق الاستنباط والاجتهاد بعد بذل مافى وسعه واستفراغ جهده وكونه أهلا لذلك . فعلى هذا القاضى اذا شاء أن يكون حكمه صوابا أو قريبا الى الصواب بالقدر المستطاع أن ينظر فى ظروف التشريع نظرا دقيقا ويبحث بحث طالب العلل والمناسبات التى تقتضى حكمة الشارع بناء أحكامه عليها : فينظر : لم أحل الله البيع وحرم الربا ، ولما نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر ، وعن بيع الانسان ماليس عنده ، وعن تلقى الركبان ، وعن بيع حاضر لباد ، ولم رخص فى السلم ، ولم نهى عن تلقيح النخل ثم أمر به ولم نهى عن ربا الفضل ثم رخص فى العرايا ، وما الذى شرعه لاحتكار الطعام والتسعير : وفى أى الظروف كان هذا ، ولم لم يجز لمرثد ابن مرثد أن يتزوج المرأة المشركة ولم كان يعطى المؤلفة قلوبهم سهما من الغنائم ثم منعه عنهم أبو بكر ، ولم أرسل الى المشركين بمكة مالا ليصرف اليهم وقد كانوا فى مجاعة ، وهم أعداؤه ، ولم قطع الولاية بين المسلمين الذين هاجروا معه وأقاربهم من المسلمين الذين لم يهاجروا ، ولم آخى بين المهاجرين والأنصار بعد الهجرة ، وبنى التوارث على هذا الاخاء ، ثم نسخ بقوله تعالى «واولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » الى غير ذلك مما لايحصى كثرة .

فمن النظر فى أسباب النزول وورود الحديث والظروف التى كان فيها

التشريع فى جميع أدواره فى عهد النبي ﷺ يهتدى القاضى والمفتى المجتهدان الى معرفة قصد الشارع وتنزيل الحكم على مراده فى القضاء والفتوى . ولذا كان من المحتم أن ندرس سيرة الرسول ﷺ على النحو الذى وضع عليه كتاب زاد المعاد مع الاستزادة بالقدر المستطاع هذا بالنسبة للقاضى الحقيق والمفتى الحقيقى اللذين مرجعهما فى القضاء والفتوى نصوص الكتاب والسنة ثم اجتهاد كل منهما ، وأما القاضى المقلد الذى ألزم أن يحكم بمذهب امام معين من الأئمة المجتهدين ويقف عند حدود مانص عليه فى الكتب المنسوبة الى ذلك الامام المعين . بل يقتصر على الراجح منها فهذا نطاق نظره ضيق ، ولعل الكلام معه لايفيد ، ومثله فى ذلك المفتى الذى قيد بأن تكون فتواه على مذهب معين فقيود كل منها ثقيلة ، والمجال ضيق جدا ، والنتيجة موت التفكير الصحيح السليم .

(٤) عند علماء القانون تفسير للقانون يسمونه بالتفسير المنطقى ، وقالوا إنه هو الذى يرمى إلى التوصل إلى قصد الشارع بغض النظر عن الألفاظ المستعملة . وأن الاصل هو أن القاضى يفسر القانون بحسب ماقصده المشرع ، لأن الألفاظ لم تكن إلا وسيلة للتعبير عما قصده . ولكن من جهة أخرى فان الألفاظ والحروف لها أهمية كبرى إذ يجب القول بأن المشرع عبر عما أراد بالألفاظ التى استعملها . فاذا كانت العبارة صريحة فليس للقاضى أن يضيف عليها أو يقيدها . فالالفاظ إذاً أهم طريقة لمعرفة ماقصده الشارع :

أقول

ومما يتصل بذلك ماجاءت به المادة ١٣٨ مدنى . ونصها « يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة لتفهيمها مع مراعاة ماتقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى »

وجاء فى حكم استئناف فى ١١ ابريل سنة ١٩٠٥ أنه يجوز تفسير العقد الكتابى بالرجوع الى العرف والعادة المتبعين فى التجارة اللذين يكون من شأنهما أن يغيرا نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه.

وجاء فى حكم استئناف آخر أنه يجب تأويل العقود بحسب ماقصده المتعاقدان . ١٩ مايو سنة ١٨٩٣

وجاء فى حكم استئناف آخر فى ٦ فبراير سنة ١٨٩٤ .

ان العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى، لكن لا محل للتأويل إلا عند صلاحية تلك الالفاظ لمعان متعددة ولا شك أن هذا هو المراد وهو عين الصواب وليس المراد أن يؤول العقد بحسب ماقصده المتعاقدان ، ولولم تكن عبارة العقد تحتمل ذلك التأويل ، فان هذا بديهى البطلان ، وإلا ألغيت العبارات الغاء كليا ، وهذا لاينبغى أن يقوله أحد.

ونحن نقول : (أولا) ان نصوص الشارع من الكتاب والسنة تفسر على قواعد علم الأصول التى سنذكرها بعد، ونصوص العقود والشروط تفسر بعرف ذويها . وقت كتابتها على حسب البيئة التى هم فيها ، وان العبرة للمقاصد والمعانى ، لا للالفاظ والمبانى وحدها وان كل نص يحتمل التأويل أو التخصيص ، أو كليهما سواء أكان من نصوص الشارع أم

كان فى العقود والشروط فانه يجوز تأويله بما يحتمله بدون تعسف. وأنه إذا قامت قرائن قوية من عرف أو عادة أو ظرف خاص على أن مراد العاقد المشترط هو كذا عمل بتلك القرينة مع احتمال اللفظ ما يؤول به. وهذا لا محل للنزاع فيه . .

(٥) وجاء فى كتاب أصول القوانين مانصه قد يتفق انه يضع الشارع قاعدة عامة من غير ان يكون قد نظر الى الاحوال الخاصة المختلفة كالمادة ١٥١ / ٢١٠ / ١٣٨٢ مدنى التى تقول بان كل عمل يحدث ضررا بالغير تترتب عليه مسئولية فاعله . مع انه قد يكون العمل مضرا. ومع ذلك لا يلزم فاعله بدفع تعويض إذا كان عمله بناء على حق اذ الحق والضمان لا يجتمعان . ولكن يجب عدم التوسع فى هذا الأمر لأن الأصل هو انه مادام القانون صريحا فالقاعدة انه لا يجوز بدعوى تأويله تغيير نصوصه بناء على ان روح القانون تدعو لذلك التغيير حتى لو كان من رأى القاضى الشخصى ان النص غير عادل . لأن مرجع ذلك الى المشرع نفسه . ومأمورية القاضى فى الأصل قاصرة على الحكم بمقتضى القانون لا الحكم على القانون . فاذا كان من حق القاضى ان يتصرف فى القانون بهذه الصفة إذا راى انه غير عادل فان تصرفه يكون بمثابة عدم وجود قانون واعتبار رأى القاضى أنه القانون .

وأقول (أولا) انى رأيت أن أذكر بعض أحكام خولف فيها نص القانون بدعوى أن الأخذ بحرفية النص لا يتحقق معه الغرض من التشريع ، أو يكون الحكم غير عادل لاقتناع القاضى بصدق دعوى

المدعى لكن التمسك بالنص القانونى يمنعه من القضاء له بما طلب .

(مثال الأول)

من المقرر شرعا أن الشفعة شرعت لدفع أذى المشترى عن الشفيع وقد أقيم مقام هذه الحكمة التى هى الوصف المناسب لشرعية الشفعة علة منضبطة محسوسة وهى الشركة أو الجوار ، وقد توجد العلة وتتخلف الحكمة فى بعض الجزئيات . لكن هذا التخلف لم يلتفت إليه ، بل ربط التشريع بالكثير الغالب واعتبر مناطا للحكم . وعلى ذلك جاءت أحكام الشريعة ثم أحكام القانون المدنى المقتبسة من أحكام الشريعة مع التصرف . فجعل فى كليهما سبب استحقاق الأخذ بالشفعة الشركة أو الجوار ، وصرف النظر عن الحكمة الباعثة . على التشريع . فاذا كانت ثلاث دور متلاصقة إحداها يملكها أ والوسطى يملكها ب والثالثة يملكها ج فاشترى ا من ب داره فطلبها ج بالشفعة فاذا قضى ل ج بالشفعة ترتب على هذا أن يكون ملاصقا ل أ وإذا لم يقض له بالشفعة كان ملاصقا ل أ أيضا . ومن هذا نرى أن الحكمة قد ضاعت من الحكم للشفيع بالشفعة ، فاذا قضى قاض بمنع الشفيع من الشفعة بناء على أن ملاصقة المشترى له حاصلة على كل تقدير أخذا بروح التشريع كان قضاؤه باطلا لمخالفته لنص قانون الشفعة . وكذا لو كان كان المشترى خيرا للجيران الباقين من البائع فانه يقضى لطالب الشفعة منهم بها ضبطا للأحكام واحتفاظا بالنصوص التى أمر القضاة أن يحكموا بها منعا لاضطراب الاحكام

(المثال الثانى)

اشترى زيد من بكر فرسا بمائة جنيه وقبضها منه قبل أن يدفع له الثمن ولم يأخذ البائع من المشترى سندا به وكانت الفرس قد ماتت عند المشترى فرفع البائع دعوى يطالب المشترى فيها بالثمن فانكر المشترى أن للبائع فى ذمته مايدعيه ، وهذه الحادثة قد اشتهرت فى المدينة وشاع ذكرها واستفاضت بها الاخبار ، وكان القاضى مقتنعا اقتناعا تاما بصدق المدعى فقضى له بالدين المطلوب بناء على البينة والقرائن ؛ مخالفا بذلك المادة (٢١٥) . فهذا حكم غير صحيح قانونا إذ ليس للقاضى أن يخالف النصوص الصريحة فى القانون ولا أن يقضى بعلمه .

ومما ينظر الى هذا مسألة وقف على فهمى رحمه الله الذى مات قبل أن يسجله ولكنه ثابت ثبوتا لاشك فيه وكان مقدار المخصص من غلة ذلك الوقف ثلاثة آلاف جنيه كل سنة للبعثات فى وزارة المعارف العمومية المصرية وقد عز على فاضل محب للخير من كبار المحامين أن يحرم التعليم من هذا المبلغ الجسيم . فاقترح أن يحكم بصحة الوقف ولزومه — ولو لم تتوافر فيه الشروط المبينة فى الماده ١٣٧ من قانون المحاكم الشرعية لأن الغرض منها قد تحقق بمن حضر واقعة هذا الوقف وسمع من الواقف نفسه نطقه به إذ كانت شهادتهم - فى الواقع - أقوى إثباتا من التسجيل . لكن لم يلتفت الى هذا منعا لخرم القواعد الكلية ، ولأن النفس اذا اطمأنت الى حادثة فانها تشك فى حوادث كثيرة لغلبة الاهواء وضعف الدين والاخلاق ولاشك أن هذا هو عين الصواب .

فانه إذا ضحيت جزئية أو جزئيتان أو ثلاث لأجل حمـــاية القواعد الكلية كان هذا خيرا من بناء الأحكام على غير قاعدة ، أو فتح باب الاستثناء ليدخل فيه من الشر مالا يمكن رده وأقول (ثانيا) ان فقهاء الشرع الاسلامى ، وان نظروا الى معانى النصوص واستنبطوا منها مالا يحصى كثرة من الاحكام الاجتهادية لايهملون الأخذ بظواهر النصوص اعتماداً على مافهموه من روح التشريع لأن فهمهم لايعدو : الظن ولأن الشارع هو الله وحده ؛ وقد خاطبهم باللغة التى يمكنهم أن يفهموها اما بالسليقة والمخالطة والممارسة وأما بمعرفة قواعدها الموصلة الى فهمها من صرف ونحو ومعان وبيان واشتقاق . وماكان لأحد كائنا من كان أن يتعدى النص الصريح الظاهر معتذرا بأنه يقضى أو يفتى بروح التشريع فان هذا إفتيات على الشارع وجرأة عظيمة . وقد لام الفقهاء أشد اللوم على يحيى بن يحيى الليثى المالكى فقيه الأندلس وحكموا بخطئه فيما أفتى به خليفة الأندلس الذى أفطر عمدا فى رمضان فافتاه بأن يكفر عن خطيئته بصيام ستين يوما ؛ ولم يفته بالتخيير كما هو مذهب إمامه مالك لأنه رأى أن الصوم أشق على الخليفة من إعتاق رقبة ، وانه ليس فى إيجاب عتق رقبة عليه من مشقة لسهولته . لكن هذه فتوى مخالفة للنص مخالفة بينة ، فكانت لاجرم فتوى مردودة . وبالجملة فكل حكم مبنى على اجتهاد مخالف للنص هو حكم باطل .

(٦) ويقول علماء القانون ان الشارع اذا وضع نصا مراعيا فيه عادة كانت فى عصره وقت أن وضع النص . فاذا تغيرت العادة بعادة أخرى فان النص يطبق على الحالة الجديدة ملاحظا فيه مقصد المشرع ، ومثلوا

لهذا بما جاء فى المادة (٥٢٥) من القانون المدنى الفرنسى بأن المرايا والتصاوير وأدوات الزينة الأخرى الموضوعة فى الدور تكون عقارات بطريق التخصيص اذا كونت جزءا من تخشيبة الحائط الذى هى فيه اه ولكن لما كانت عادة وضع الخشب فى الحيطان قد زالت اضطرت المحاكم الى ان تحكم بأن المرايا والتصاوير متى وضعها المالك فى الدور قصد تخصيصها لزينة العقار فانها تعتبر ثابتة بطريق التخصيص ، وان لم تكون جزءاً من التخشيبة ، نزولا على حكم العادة الجديدة

وأقول : إن عند فقهاء الشريعة ماهو نظير هذا ففى المذهب الحنفى كان يكتفى فى رؤية الدار المبيعة برؤية ظاهرها أو بعض حجرها ، ثم عدل عن هذا الحكم وأوجبوا رؤيتها كلها بتفصيلاتها . وذلك لأن رؤى وقت وضع الحكم الاول أن الحجر كلها كانت تعمل على شكل واحد فاكتفى برؤية بعضها ثم تغيرت العادة وصارت حجر الدار الواحدة تعمل على أشكل شتى فكان لابد من رؤيتها كلها . وقالوا إن هذا اختلاف عصر وزمان وليس اختلاف حجة وبرهان .

ومن هذا ماروى عن أبى يوسف أنه إذا كان النص مبنيا على العرف والعادة فالعبرة للعرف والعادة . وعلى ذلك من حيث ان النص على أخذ الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، وزنا ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير والملح بالملح ، والتمر بالتمر كيلا كان مبنيا على عرف الناس فى عصر الرسالة ، فاذا تغير العرف فى ذلك وأصبح البر وأخواته تقدر بالوزن لا بالكيل ، والذهب والفضة بالعد دون الوزن ، تغير النص بتغير العرف والعادة وتبدل بتبدلهما .

ومما ينظر إلى هذا أن أبا حنيفة كان لايتصور الاكراه إلا من السلطان فذهب إلى أن الاكراه لايكون إلا إذا كان المكره سلطانا ، وقال صاحباه إن الاكراه كما يكون من السلطان يكون أيضا من كل ظالم قادر على إيقاع ماهدد به من الأذى والمكروه . وقالوا إن هذا أيضا من اختلاف الزمان لا البرهان .

(٧) تقول المادة (٢٩) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية « ان لم يوجد نص صريح بالقانون يحكم بمقتضى قواعد العدل . ويحكم فى المواد التجارية بمقتضى تلك القواعد أيضا » و بموجب العادات التجارية »

ومما بنته المحاكم المصرية على هذا أن دفع الدعوى أمام محكمة ولو غير مختصة يقطع سريان المدة الطويلة ، ولو أن القانون المدنى لم ينص صريحا على هذه الحالة ،

وأنه يرجع فى امتلاك الأموال الموقوفة بمضى المدة الى الشريعة الاسلامية لأن القانون المدنى لم يضع أحكاما خاصة بذلك[١] .

وأن العادة لايكون لها قوة القانون إلا إذا كانت مطابقة لمبادىء العدل .

وانه يجوز تفسير العقد الكتابى بالرجوع الى العرف والعادة المتبعين فى التجارة اللذين يكون من شأنهما أن يغيرا نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه . وهذا العرف والعادة يصح إثباتهما بالبينة (راجع تعليقات جلاد ٥٧ ــ ٥٨ لائحة) ومن ذلك أن المحكمة الشرعية العليا ،

---

(١) اختلفت أنظار المحاكم فى هذه المسألة اختلافا كثيرا ترتب عليه الاختلاف فى الأحكام كما يظهر من مراجعة المجموعات القضائية .

اعتبرت عقد الوقف بعد كتابته فى المضبطة وموت الواقف قبل تسجيله فى قوة الوقف المسجل وطبقت على ذلك أحكام المادة ١٣٧ .

وأقول – إذا لم يوجد نص صريح فى نصوص الكتاب والسنة لحكم حادثة تعرض للقاضى أو المفتى وجب على كل منهما أن يجتهد لالتماس الحكم لتلك الحادثة على قواعد العدل . والأصل فى ذلك حديث معاذ لما أرسله النبى ﷺ الى اليمن قاضيا وقال له بم تقضى ؟ فقال بكتاب الله قال فان لم تجد ؟ فقال بسنة رسول الله ، قال فان لم تجد ، قال أجتهد رأيى ما أستطعت فأقره النبى ﷺ على ذلك . ومن طرق الاجتهاد التماس الحكم بالقياس. وبعد فقد قال الله تعالى « إن الله يأمر بالعدل والاحسان »وقال « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » .

ومن أمثلة القضاء بقواعد العدل ماروواه مالك فى الموطأ أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من النهر الصغير من العريض ، فأراد أن يمر به فى أرض لمحمد بن مسلمة ، فأبى محمد بن مسلمة ، فقال الضحاك لم تمنعني ؟ وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولايضرك ، فأبى ، فكلم فيه عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فدعا محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله فأبى ، فقال عمر لم تمنع أخاك ماينفعه ، وهو لك نافع تشرب به أولا وآخرا ولايضرك ، قال محمد ، لا والله ، فقال عمر ، والله ليمرن ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يجريه ومن ذلك أن عبد الرحمن ابن عوف طلق زوجته وهو مريض فورثها عثمان منه بعد انقضاء عدتها .

ومن أمثله الفتوى ما أفتى به عمر رضى الله عنه أن المرأة إن كانت من ذوات الأقراء وطلقت فارتفع حيضها فانها تنتظر تسعة أشهر فان استبان بها حمل فذاك ، والا اعتدت بعد التسعة ثلاثة أشهر . وهذه الفتوى منظور فيها الى مراد الشارع من العدة وهو تعرف براءة الرحم من الحمل ، فبعد مرور المدة التى يتوقع فيها وجود حمل عادة لا تبقى ريبة فى عدم وجوده فتعتد بالاشهر ، ولم يقف عمر عند ظاهر النص ، ويقوى ما أفتى به أن المرأة اذا طلقت قبل الدخول فلا عدة عليها بنص القرآن والحكمة ظاهرة ومن الاحكام المبنية على العدل حكم الفقهاء بفساد بيع المضطر وشرائه . والامثلة على ذلك لا تحصى كثرة .

كذلك يجوز بناء الحكم وجواب الفتوى على العرف [1] . وقد قالوا « الثابت بالعرف كالثابت بالنص . وخلاصة ما قاله فقهاء الشريعة فى هذا أن العرف إذا خالف الدليل الشرعى من كل وجه بأن لزم من بناء الحكم أو الفتوى عليه مخالفة نص الشارع فهو عرف باطل مردود كما إذا تعارف الناس التعامل بالربا الذى حرمه الله وتعاطى الخمور والمقامرة ونحو ذلك ، فالدين جاء لمحو هذا فكيف تبنى أحكام الشرع على اعتبار شىء منه ؟ هذا تناقض فى غاية الوضوح .

وإن خالف العرف الدليل الشرعى من بعض الوجوه لا من كل

(١) العرف والعادة هو ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول . والعادة مأخوذة من المعاودة فهى بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى تصير معروفة مستقرة ، فالعادة والعرف معناهما واحد باعتبار الماصدق وإن تخالفا من حيث المفهوم

وجه كأن يرد الدليل عاما ، والعرف يخالفه فى بعض مايتناوله بعمومه ، ففى هذه الحالة إذا كان العرف عاما كان معتبرا وصالح مخصصا للنص العام، ويترك به القياس. مثال ذلك أن الشارع نهى أن يبيع الانسان ماليس عنده (أى وقت عقد البيع) لكن لما جرى تعامل الناس وعرفهم بالاستصناع اعتبر الفقهاء هذا العرف مخصصا للنص وقالوا بجواز الاستصناع . وأما إذا كان العرف خاصا فهل يخصص النص كالعرف العام ؟ قيل لايخصصه ، وقيل يخصصه فى المكان والزمان اللذين تعورف فيهما . ومما خصص فيه العرف النص بيع الثمار إذا ظهر بعضها ويكون المعدوم تابعا لما وجد

(٨) من المقرر فى التشريع الوضعى القائم الآن أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون المادة (٦) من الدستور

وإذاً الجرائم التى لم ينص عليها القانون ولم يدخلها فى نطاقه لا تعتبر جرائم فى نظر المشرع ولو استقبحتها العقول السليمة واستنكرتها الآداب المستقيمة[1] وحينئذ فلا عقاب إلا على ارتكاب الافعال والأقوال التى عدها القانون جرائم. وليس لأحد أن يقدر عقوبة لجريمة من تلك الجرائم ؛ ولا أن يوقع عقوبة إلا على مارسمه القانون وبهذا سد باب من أبواب الشر عظيم وحمى ضعفاء الناس مما كان يقع عليهم من ظلم جسيم بحماية القانون اياهم قالوا وعلى هذا يجب أن يفسر القانون الجنائى تفسيرا ضيقا بكل تحفظ إلا أنه فى بعض الأحوال قد يلجأ إلى التفسير الواسع إذا كان فى مصلحة المتهم أو فى مصلحة إقامة العدل بناء على روح القانون . على أن واضع

(١) قارن هذا بما قدمناه فى صفحة (٥)

القانون قد استدرك الأمر بما نص عليه من رعاية الظروف المخففة ؛ ومن وقف التنفيذ، ومن العفو عن العقوبة كلا أو بعض أو تحويلا ووسع على النيابة العمومية فى حفظ ماتراه من المسائل فلاترفع الدعوى الجنائية إلى القضاء رعاية لمصلحة راجحة فى نظرها

وأقول : ان فقهاء الشرع الاسلامى نصوا على أن الحدود لايدخلها القياس . فلا يعتبر فعل من الأفعال جريمة تستوجب اقامة الحد الا مانص الشارع عليه ؛ ونص على عقوبته . ورسم لأولى الأمر طريقة اقامة الحدود . وأما الأفعال والأقوال التى تستوجب عقوبات تعزيرية بسبب الاعتداء على المجنى عليه ، والاعتداء على المجتمع أو أى مخالفة لأوامر الشرع فهذه وضعت لها قواعد عامة واسعة النطاق جدا. وقد بينت ذلك بيانا وافيا منظما أحسن تنظيم فيما كتبته تحت عنوان المرأة والأجزية فى كتابى « أحكام المرأة فى الشريعة الاسلامية » وبالنظر إلى أن الشرع الاسلامى شرع عام لايختص بزمان ولا بمكان بل هو باق أبدا فى جميع الأزمنة وفى جميع الأمكنة كان ماجاء به من القواعد العامة للتعزيرات بما يوجبها هو عين الصواب . فلكل بلد اسلامى أن يستصحب هذه القواعد ويبنى على أساسها قانون التعزيز اللائق بمكانه وزمانه ، ولله الحجة البالغة . وقد بلغنا أنه وجدت فكرة جديدة الآن فى ايطاليا تجيز للقاضى ألا يتقيد بالجرائم المنصوص عليها قانونا ، وهى ترمى إلى وضع نظام كنظام التعزيرات عند فقهاء الشريعة الاسلامية .

ومن مراعاة صالح المتهم وقواعد العدل فى الشرع الاسلامى

اعتبار أن الأصل هو براءة ذمة المتهم مما اتهم به ؛ وفلا تثبت التهمة إلا بالدليل ، وأن الحدود تدرأ بالشبهات حتى بعد القضاء بالعقوبة وقبل أتمام التنفيذ ؛ كما يظهر من مراجعة ماقاله الفقهاء فى كلامهم عن الحدود واما التعزيزات فانها حق للمجنى عليه وحق للسلطنة ؛ وللمجنى عليه أن يعفو عن حقه إذا شاء ، ولولى الأمران يعفو ايضا عن حق السلطنة لـكن يجب أن يكون هذا مراعى فيه المصلحة الراجحة .

ومن الأمثلة التى روعى فيها مصلحة اقامة العدل بناء على روح الشرع ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه أسقط القطع عن السارق فى عام المجاعة . والى هذا ذهب الامام احمد إذ قيل له : ان سرق فى مجاعة لا تقطعه؟ فقال لا إذا حملته الحاجة على ذلك والناس فى مجاعة وشدة . وعلى هذا حكم عمر رضى الله عنه فى قضية غلمان حاطب بن ابى بلتعة اذ سرقوا ناقة لرجل من مزينة فأتى بهم عمر فأقروا ؛ فأرسل إلى عبد الرحمن بن حاطب فجاء ، فقال له إن غلمان حاطب سرقوا ناقة رجل من مزينة وأقروا على انفسهم ثم امر عمر بعض اصحابه ليذهب بالغلمان ليقطع ايديهم فلما ولى بهم ردهم عمر ؛ ثم قال موجها خطابه الى عبد الرحمن : اما والله لولا انى اعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى ان احدهم لو اكل ماحرم الله حل له — لقطعت ايديهم وايم الله اذلم افعل لأغرمنك غرامة توجعك ثم قال يامزنى بكم اريدت منك ناقتك ؛ قال باربعمائة ، فقال عمر اذهب فأعطه ثمانمائة . ومن هذا القبيل ماقضى به بعض قضاة العدل من الانجليز فى حادثة اتهام خادمة فى منزل بلندن بسرقة قميص نوم : واعترفت بجريمتها امام القاضى غير انها ابدت الاسف الشديد على مافرط منها ،

وقالت : انى ارملة ، وعلى ان اقتات وأقيت ثلاثة أطفال، وكل ماا كسبه لايساوى تسعة شلنات فى الاسبوع . وقرر مأمور السجن انه وجد هذه الأرملة ساكنة فى بيت تدفع اجرته فى الاسبوع خمسة شلنات، فيبق معها أربعة شلنات فتعيش بها مع اطفالها الثلاثة سبعة ايام . والماتى بها الى المحكمة لم تكن ذاقت طعاما فى ذلك اليوم فالتزم ان يطعمها الحكم القاضى قائلا : انى لاأشك مطلقا ان هذه الأرملة قد سرقت القميص مدفوعة بعوامل الفاقة الحقيقية ؛ وان قيمة المسروق زهيدة على انه يجب عليها ان تفهم انه مهما كانت حاجتها ، ومهما اشتدت ضيقتها فمن الواجب عليها ان تردها عن السرقة ؛ فاذا لم تفعل تضر نفسها ، وتلحق العار باسم اولادها . وعليه وفى مثل هذه الظروف لااحكم بحبسها . بل اطلق سراحها ؛ واوصيها بأنه اذا اشتد بها العوز ، ولم تر بابا للفرج فلتأت المحكمة وتطلب المساعدة فاذا استحقتها نالتها .

أقول هذا هو حكم الاسلام بعينه ، والناظر فى آداب القضاء فى كتب الشرع الاسلامى يرى أن هـــذا القاضى الانجليزى النائى فى طرف بعيد من الأرض إنما طبق مافى تلك الكتب تطبيقا تاما فيما حكم به ووعظ وأرشد وفعل مايقضى به الحزم والرحمة والآداب الصحيحة.

وبعد فقد قال الله تعالى وهو أحكم الحاكمين « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » ولكل منهما مقام يليق به ويحسن فيه والله المستعان.

(٩) ومما هو جدير بالذكر هنا الحاقا لما تقدم أن القانون الجنائى لايصح تأويله ولا مد نطاقه بالقياس أو بناء على المصلحة العامة لأن ذلك يعتبر انشاء لجريمة جديدة ، ولكن فى حالة الاحتمال والتردد

يؤول نص القانون فى صالح المتهم (أنظر أصول القوانين) وقد أسلفنا ذلك . ومن أجل هـذا جاز الأخذ بالقياس وبمفهوم الموافقة لصالح المتهم . أنظر المواد (٢٣٧ مع ٢٤١ و ٢٥٣ مع ٣٦٠ و ٣١٢ و ٣٢٣ مع ٣٤١ و ٢١٥ و ٣٣٦) وأنظر أصول القوانين . وسيأتى ذلك عند الكلام فى المفاهيم والقياس[1] .

(١٠) وانى أكتفى بما قدمته من هذه المقارنة القانونية الشرعية فى هذا الموجز ومنها يرى العاقل المنصف أن القسم الشرعى للشؤون الدنيوية وهو المقابل للقوانين الوضعية يأتلف مع تلك القوانين بأصوله وقواعده الكلية ؛ والخلاف فى التفصيلات راجع الى اعتبارات خلقية راعاها الشرع الاسـلامى لاستبقاء رابطة المودة واحسان الناس بعضهم إلى بعض فى المعاملات وعوض الناس عما يفوتهم من بعض الفوائد المادية بما أعده لهم من الثواب العظيم والخير العميم فضلا عما يجنيه المحسن إلى غيره فى معاملته من المحبة والمودة والرحمة « وهل جزاء الاحسان إلا الاحسان » والى اعتبارات اقتصادية راعاها الشارع الوضعى ولهذه الاعتبارات فوائدها أيضا إذا احتيط لاتقاء مضارها . وان الجمع بين هذين الاعتبارين ليس بعزيز على العلماء المخلصين .

ولأشرع الآن بايجاز فى بيان كيفية فهم النصوص من الكتاب والسنة فأقول .

---

(١) هذا وقد نصت المادة الخامسة من قانون العقوبات فى فقرتها الأولى على أنه « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها ، ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره » وظاهر أن فى هذا رعاية صالح المتهم .

ونصت فى فقرتها الثانية على أنه « إذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية » ولاشك أن فى هذا أيضا رعاية صالح المحكوم عليه ·

أقول — نظير الفقرة الأولى عندنا أن النص جاء أولا عاما فى عقاب القاذف . ثم خصص بطريق النسخ فى حق من يقذف زوجته .

قال الله تعالى « والذين يرمون المحصنات ، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم »

وقال بعد هذا « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين. والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين »

روى الإمام أحمد أنه لما نزلت الآية الأولى قال سعد بن عبادة رضى الله عنه . وهو سيد الأنصار أهكذا نزلت يارسول الله ؟ فقال رسول الله ﷺ يامعشر الأنصار ألا تسمعون مايقول سيدكم ؟ قالوا يارسول الله لاتلمه فإنه رجل غيور . والله ماتزوج إمرأة قط فاجترأ رجل منا أن يتزوجها بعده من شدة غيرته · فقال سعد والله يارسول الله إنى لأعلم أنها حق ، وانها من الله ولكنى تعجبت أنى لو وجدت لكاع قد تفخذها رجل لم يكن لى أن أنحيه ولا أحركه حتى آتى بأربعة شهداء . فو الله لا آتى بهم حتى يقضى حاجته . قال فما لبثوا يسيراً حتى جاء هلال بن أمية . وهو أحد الثلاثة . الذين تيب عليهم ، فجاء من أرضه عشاء . فوجد عند أهله رجلا فرأى بعينه وسمع بأذنه ، فلم يهجه حتى أصبح فغدا إلى رسول الله ﷺ وقال له إنى جئت أهلى عشاء ، فوجدت عندها رجلا

فرأيت بعيني وسمعت بأذني . فكره رسول الله ﷺ ما جاء به ، واشتد عليه ، واجتمعت الأنصار فقالوا ابتلينا بما قال سعد بن عبادة ، الآن يضرب رسول الله ﷺ هلال بن أمية ويبطل شهادته فى الناس . فقال هلال والله إنى لأرجو أن يجعل الله لى منها مخرجا . فو الله إن رسول الله ﷺ يريد أن يأمر بضربه أنزل الله عليه الوحى فامسكوا عنه حتى فرغ الوحى فنزل « والذين يرمون أزواجهم » الآية

وفى رواية البخارى لقصة هلال أن النبي ﷺ قال له البينة والإحد فى ظهرك ، وكرر ذلك. ومما ينظر إلى الفقرة الثانية من المادة حديث الثلاثة الذين خلفوا ، وهم كعب بن مالك ومرارة بن الربيع وهلال بن أمية. وكانو قد تخلفوا عن المسير مع النبي ﷺ فى غزوة تبوك ، وكان المتخلفون بضعة وثمانين رجلا فلما رجع الرسول عليه السلام من تلك الغزوة إلى المدينة أخذوا يعتذرون إليه ، فقبل علانيتهم واستغفر لهم ووكل سرائرهم إلى الله . لكن هؤلاء الثلاثة اعترفوا بألا عذر لهم ، وصدقوا الرسول ولم يكذبوا عليه . فانتظر النبي حكم الله فيهم ونهى الناس عن كلامهم . فاجتنبهم الناس جميعا واستمر ذلك خمسين ليلة ثم تاب الله عليهم وأعلنوا بذلك ففرحوا أشد الفرح . قال الله تعالى « لقد تاب الله على النبي والمهاجرين والأنصار الذين اتبعوه فى ساعة العسرة من بعد ما كاد يزيغ قلوب فريق منهم ، ثم تاب عليهم إنه بهم رءوف رحيم . وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى إذا ضاقت عليهم الأرض بما رحبت وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا ألا ملجأ من الله إلا إليه ، ثم تاب عليهم ليتوبوا إنه هو التواب الرحيم » . وهذا أشبه بالعفو من عقوبة الهجر والمسألة مبسوطة فى كتب التفسير والتاريخ المطولة. وانظر كتابنا أحكام المرأة تحت عنوان « الأجزية » .

دلالة النصوص على الاحكام

لما كانت النصوص الشرعية جملا عربية ذات معان بمفرداتها وتركيبها كان لها بذلك دلالة على معان فى محل النطق ، وقد يكون لها دلالة فى غير محل النطق موافقة لما فهم من عبارتها ، أو مخالفة ، وقد يسكت الشارع عن حكم اعتمادا على أنه يعرف حتما من نفس النص بمجرد فهمه والنظر فيه ، أو اقتصادا فى البيان

فالدلالة اما لفظية ، واما غير لفظية ، واللفظية اما أن تكون من نفس الفاظ النص وهيئته التركيبية ، وهذه هى الدلالة فى محل النطق واما أن تكون من مفهوم عبارة النص على حكم موافق أو مخالف ، وهذه هى الدلالة فى غير محل النطق وتسمى دلالة المفهوم

الدلالة غير اللفظية

تسمى فى الاصطلاح بيان الضرورة . مثالها قوله تعالى «ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » فان هذا النص يدل على أنه إذا انحصر الميراث فى الوالدين كان للأم الثلث ، وسكت عن نصيب الأب ، وذلك لأنه الباقى بالضرورة وهو الثلثان . ونظير هذا فى المضاربة أن يقول رب المال للمضارب لك من الربح النصف ، فهذا يدل على ان لرب المال النصف لأنه الباقى ، والربح لا يعدوهما

الدلالة اللفظية

هى نوعان على ما تقدم ، دلالة منطوق ، ودلالة مفهوم ، ودلالة المفهوم نوعان ، دلالة مفهوم موافقة ، ودلالة مفهوم مخالفة .

دلالة المنطوق :

وهى اما عبارة نص أو إشارة نص .

عبارة النص :

هى دلالة لفظ النص على معناه كقوله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا » وقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله ﷺ « مطل الغنى ظلم » وهكذا مما لا يحصى كثرة .

اشارة النص .

هى دلالة النص على معنى ملازم له لا ينفك عنه . ومن أمثلة ذلك قوله تعالى « فى بيان حكم نفقة الوالدات المرضعات » « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فعبارة هذا النص تدل على أن نفقة المذكورات واجبة لهن على أبى المولود . وإشارة هذا النص تدل على أن الولد قد اختص الله أباه بنسبه لأنه عبر عنه بالمولود له . ودلت أيضا على أن نفقة هذا المولود واجبة له على أبيه دون أمه .

والحاصل أنه كلما ثبت التلازم بين معنى عبارة النص واشارته صح الاحتجاج بكل منها على حكم شرعى ، لأن كلا منهما مدلول للنص .

وأما اشارة النص التى لا يستلزمها النص بعبارته فلا يثبت بها حكم شرعى الا بضرب من الاجتهاد . وهنا تتفاوت الانظار .

دلالة الاقتضاء :

هى دلالة اللفظ على مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام عليه . وتسمى اقتضاء النص . مثاله « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا

عليه » فالكلام لا يستقيم الا اذا قدر فى أول الكلام لفظ مناسب يستقيم معه ، وهو هنا لفظ « حكم » أى رفع عن أمتى حكم الخطأ الخ وأما الخطأ نفسه بعد وقوعه فلا يرتفع لأنه وقع فعلا ثم انعدم بعد وقوعه وقد انعقد الاجماع على أن حكم الخطأ فى الآخرة قد رفعه الله عنا رحمة منه بنا « ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا » وأما بالنسبة لأحكام الدنيا فلم يرتفع فمن أتلف مال غيره خطأ أو نسيانا كان ضامنا لما أتلف كما لو حصل ذلك منه عمدا — شبه جنحة أو جنحة مدنية — ومن قتل نفسا خطأ كان مؤاخذا فى الدنيا جزاء إهماله وعدم احتياطه . ومن هذا قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم » الآية أى زواج أمهاتكم . وقوله « حرمت عليكم الميتة » الآية . أى أكلها . وهكذا فيقدر فى كل كلام ما يناسبه ويستقيم به معناه .

دلالة النص . أو مفهوم الموافقة أو فحوى الخطاب .

وهى دلالة اللفظ على ثبوت حكم ما ذكر لما سكت عنه لفهم مناط الحكم بمجرد فهم اللغة . وبعض الفقهاء يسميه القياس الجلى ، واذا كان ثبوت الحكم للمسكوت عنه أولى من ثبوته للمنطوق به سمى القياس الأولوي ، أو يقال ، من باب أولى .

مثال ذلك - قوله تعالى « ولا تقل لهما أف » الآية . نهى سبحانه الولد عن التأفف من والديه . وهذا يستتبع نهيه بالاولى عن شتمهما وضربهما .

مثال آخر - نهى سبحانه عن أكل أموال اليتامى ظلما ، وهذا يستتبع النهى عن اتلاف مال اليتامى ظلما بأى طريق كان . ومن أمثلة

ذلك قوله ﷺ « لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها الا الوالد فيما وهب لولده» فان هذا يدل بمفهومه الموافق على أن المرأة كالرجل فى هذا الحكم . ومن أمثلة ذلك قانونا إعفاء المالك من العقوبة اذا أحرق ماله عمدا . فان هذا يستتبع إعفاءه من العقوبة أيضا بطريق الاولى إذا كان الاحراق خطأ (أنظر المادتين ٢٥٣ و ٢٦٠) عقوبات ، والامثلة كثيرة

دلالة مفهوم المخالفة

هى دلالة اللفظ على مخالفة حكم المسكوت عنه لحكم المنطوق . وقد اختلف الفقهاء فى اعتباره حجة شرعية وعدم اعتباره أو اعتبار بعض المفاهيم حجة دون بعض لضعفه، على أقوال . وهاك جملة القول فى ذلك .

ذهب جمهور الفقهاء إلى الاحتجاج بمفهوم المخالفة فى نصوص الشارع ، إلا مفهوم اللقب ، أى الاسم الجامد فقد احتج به قليل منهم ، وذهب الحنفية إلى عدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة ، وقالوا ان ماسكت النص عنه لا يدل النص على حكمه لا نفيا ولا إثباتا ، فهو مبقى على العدم الأصلى حتى يرد حكم بشأنه .

(مثلا) إذا قلت للطلاب الذين يحضرون درسك . كل طالب يواظب على حضور درسى أعطيه نسخة من كتابى الفلانى مجانا . فعلى قول الجمهور تعطى هذه العبارة حكمين ، حكما بمنطوقها وهو وعدك اعطاء كل طالب يواظب على حضور درسك نسخة من كتابك الفلانى ، وحكما بمفهومها وهو عدم إعطائك من لا يواظب نسخة من هذا

الكتاب . وعلى مذهب الحنفية ، لاتعطى هذه العبارة إلا حكما واحدا ، وهو حكم المنطوق ، وأما كون من لا يواظب ، يعطى نسخة من كتابك مجانا ، أولا يعطى فهذا يحتاج إلى نص آخر . لكن المتأخرين من الحنفية جنحوا إلى العمل بالمفهوم المخالف فى المصنفات الفقهية وفى كلام الناس فى عقودهم وشروطهم وسائر عباراتهم نزولا على حكم العرف ومع كون المسألة اجتهادية فالاحتياط فى أخذ الحكم من نصوص الشارع يقضى بالأخذ بمذهب الحنفية إلا إذا كانت دلالة المفهوم المخالف على الحكم قوية جدا كمفهوم الحصر ومفهوم الغاية .

أنواع مفهوم المخالفة وامثلتها :

(١) مفهوم الصفة . مثاله قوله تعالى « أو دما مسفوحا » مفهومه ـ أن الدم غير المسفوح ليس محرما على قول الجمهور ، وعند الحنفية لا بد له من دليل خاص وقوله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » مفهومه من كان باغيا أو عاديا فعليه الاثم الخ . وقوله ﷺ « مطل الغنى ظلم » مفهومه مطل غير الغنى ليس ظلما الخ . وقوله « فى صدقة الغنم فى سائمتها إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة شاة » مفهومه غير السائمة لا شىء فيها . والسائمة من الغنم وغيرها هى الراعية غير المعلوفة .

ومن أمثلة مفهوم الصفة فى النصوص القانونية ما جاء فى المادة (٢٦٤) مدنى ونصها « بيع الشىء المعين الذى لا يملكه البائع باطل ، إنما يصح إذا أجازه المالك » مفهوم هذا النص (أولا) أن بيع الشىء غير المعين ليس باطلا (وثانيا) أن بيع الشىء المعين الذى يملكه البائع غير باطل .

(٢) مفهوم الشرط . مثاله

قوله تعالى «وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن» مفهومه المخالف ان لم يكن أولات حمل فلا تنفقوا عليهن الخ وقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ، فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » مفهومه المخالف فان لم تطب أنفسهن باعطائكم شيئا من مهورهن فلا تأكلوا شيئا منها [١] ؛

ومثال ذلك من السنة (إذا كانت الهبة لذى رحم محرم فلا رجوع فيها) وحديث « الواهب أحق بهبته إذا لم يثب عنها » ومن الأمثلة القانونية ماجاء فى المادة (٦٢) عقوبات . ونصها « لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار فى عمله وقت ارتكاب الفعل ، إما لجنون أو عاهة فى العقل ، وإما لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهرا عنه ، أو على غير علم منه بها » مفهومه أنه إذا أخذها مختارا وهو يعلم بها فانه يعاقب على ما فعل رجوعا الى الأصل ومن أمثلة ذلك أيضا ماجاء فى المادة (١٩) من قانون الشفعة . والأمثلة فى القانون كثيرة جدا ، صرح فى بعضها بحكم المفهوم وسكت فى بعضها عن التصريح بالحكم اعتمادا على القواعد العامة التى هى الأصل .

(٣) مفهوم الغاية ، مثاله

قوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره »

---

(١) الصدقات المهور ، والنحلة العطية عن طيب نفس ، ومعناها الفريضة على لغة بعض العرب وهنيئا أى طيبا ، ومريئا ، أى محمود العاقبة لا ضرر فيه على آكله .

مفهومه اذا تزوجها زوج آخر ثم وقعت الفرقة بينهما، وانقضت عدتها أنها تحل للأول. مثال آخر قوله تعالى « وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر »[1] ومن أمثلة ذلك من السنة « من اشترى طعاما فلا يبيعه حتى يكتاله » و« لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يذر »

(٤) مفهوم العدد — مثاله . قوله تعالى « فاجلدوهم ثمانين جلدة » أى لا أكثر ولا أقل . ومن الأمثلة القانونية « مدة عضوية النائب خمس سنوات » المادة (٨٦) والشيخ عشر سنوات المادة (٧٩) من الدستور

(٥) مفهوم اللقب أى مفهوم الاسم الجامد

وقد احتج به قليل من الفقهاء ، ولم يره أكثرهم حجة وأما ما قيل من أن تخصيص الشيء بالذكر ينفى الحكم عما عداه ، فمعناه إذا قام دليل أو قرينة قوية على ذلك ، وإلا كان الأخذ بهذه القاعدة على اطلاقها غير صحيح ، مع انه يجب الاحتياط فى ذلك .

ومثال مفهوم اللقب — فى الغنم زكاة ، مفهومه ليس فى غير الغنم زكاة ، وهذا غير صحيح ، ومن أمثلته أيضا « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » مفهومه ما لا يحرم من النسب لا يحرم من الرضاع . وهذا صحيح لكن لدليل خارجى لا من المفهوم نفسه . ومن أمثلته القانونية ما نصت عليه المادة ٢٦٣ مدنى من أن بيع الحقوق فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه . فاستدلوا بهذا على أن بيع غير التركات فى

---

(١) شبه ما يبدو من البياض وما يحفه من ظلام الليل الملاصق له . بخيطين أبيض وأسود فى الامتداد واللون .

المستقبل جائز أخذا بمفهوم المخالفة وهو هنا مفهوم لقب أى اسم جامد وهو التركات

وأما الحصر بالنفى والاثبات ، وكذا الحصر بانما فان بعض الفقهاء الحقه بالمفاهيم ، والحق ان الثابت بهذا الحصر هو الاثبات والنفى جميعا فى آن واحد ومثال ذلك « لا شفعة الا لشريك أو جار » فهذه العبارة أثبتت حق الأخذ بالشفعة لكل من الشريك والجار ، وفى الوقت نفسه نفته عن غيرهما. وكذا « انما الولاء لمن أعتق » ثبت بهذا النص أن الولاء لمن أعتق ، وانه ليس لغير المعتق ولاء . ومن أمثلة ذلك « لا يلى الوزارة الا مصرى » المادة ٥٨ دستور والفقرة الأخيرة فى المادة ٢٦٤ مدنى وقد سبقت فى مفهوم الصفة

— أحوال اللفظ من حيث الظهور والخفاء

الكلام الدال على الحكم الشرعى سواء أكان من نصوص الكتاب أم من نصوص السنة يحتوى الفاظا ظاهرة المعنى والمراد بحيث تفهم معانيها والمراد منها بسهولة ؛ ويحتوى الفاظا أخرى فى دلالتها على المراد منها نوع خفاء تحتاج إلى نظر وتأمل أو تفسير من الشارع

وعلى هذا الأساس قسم علماء الأصول اللفظ من حيث الظهور وقوة افادة المراد إلى ظاهر ونص ومفسر ومحكم . وقسموه من حيث خفاء المراد إلى خفى ومشكل ومجمل ومتشابه .

التقسيم الأول من حيث الظهور

(١) الظاهر - هو ما كان معناه بينا لا يحتاج إلى تفسير من الخارج يبين المراد به

(٢) النص   هو اللفظ الظاهر الذى سيق قصدا لبيان حكم شرعى مثال ذلك — لما سوى المشركون بين البيع والربا فقالوا «إنما البيع مثل الربا» رد الله عليهم بقوله «وأحل الله البيع وحرم الربا» فهذا الرد ظاهر فى حل البيع وفى حرمة الربا، ونص على التفرقة بينهما فى الحكم لأنه سيق إلى ذلك بالقصد الأول. وتسمية هذا نصا هو اصطلاح لفقهاء المذهب الحنفى، وهو غير النص بالمعنى المتعارف عند الجميع.

وإذا تعارض نص وظاهر قدم النص على الظاهر لانه أقوى منه بسبب قصده بالسوق قصدا أوليا. ومن ذلك قوله تعالى «وأحل لكم ما وراء ذلكم» عارضه قوله تعالى «فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» فالأول ظاهر فى جواز التزوج بأكثر من أربع من غير المحرمات، والثانى نص فى الا يتجاوز عدد الزوجات أربعا

وكل من الظاهر والنص يحتمل التأويل؛ وذلك بصرف اللفظ عن ظاهره أى عن المعنى الذى يتبادر الى السامع منه إلى معنى آخر يصلح له وضعا أو مجازا   وإذا كان أحدهما من ألفاظ العموم احتمل التخصيص وذلك بقصره مع بعض الأفراد. ولابد لكل من التأويل والتخصيص وذلك بقصره على بعض الافراد من دليل يدل عليه أو قرينة، وإلا كان احتمالا غير ناشىء عن دليل؛ فلا يلتفت اليه بل يبقى كل منهما على ظاهره (مثال ذلك) فى كل أربعين شاة شاة[1]

قالت الحنفية يجوز أن يخرج فى زكاة أربعين شاة قيمة الشاة لان

---

(١) انظر أمثلة مفهوم الصفة

المقصود من الزكاة دفع حاجة الفقير فكما تندفع هذه الحاجة بنفس الشاة كذلك بدفع قيمتها على حسب مقتضيات الحال. وهذا تأويل يؤيده روح الشرع وان استبعده غيرهم فجعل الواجب نفس الشاة

وقد أول الحنفية أيضا التحية في قوله تعالى « إذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها » بالعطية أي إذا وهب لأحدكم هبة فليعوض الواهب أحسن منها أو مثلها ؛ ولا شك أن هذا تأويل بعيد وقد توسع الناس في تأويل النصوص الظاهرة ليؤيد كل مؤول منهم مذهبه حتى زحزحوا النصوص عن محالها في كثير من تأويلاتهم. ولكن كل تأويل لايساعد عليه وضع اللغة ولا استعمالها على وفق ما كان أهلها من العرب يستعملونه ولا تؤيده قواعد الصرف والنحو والبيان والاشتقاق فهو تأويل باطل (١).

ومن أمثلة التأويل للنصوص القانونية تأويل كلمة « ليلا » في المادتين ٣١٣ ، ٣٥٦ عقوبات لأنه لما جعل الليل ظرفا مشددا لاستحقاق العقوبة لسهولة ارتكاب جريمتي السرقة واتلاف المزروعات ليلا كان من المناسب لغرض المشرع تأويل الليل بالظلام ، وصرف اللفظ عن ظاهره وهو

---

(١) وهذا مقام كم زلت فيه من أقدام ، وكم جمحت فيه من أقلام حتى أول بعضهم القرآن كله وجعل لهظاهرا وباطنا ، وتلطف بعضهم فأخذ من اشارات نصوصه مايدل على معان صوفية لا بأس بتوجيه الأنظار إليها مع عدم المغالاة والتهور . وخير الأمور ألا يبتعد عن الجادة ، وأن تصان العامة من أن يقودهم ذوو الاهواء من الفرق الضالة بتأويلاتهم الشاذة والباطلة في حبل الغواية فيضلوا بذلك سواء السبيل.

معناه الموضوع له فى اللغة الذى يبتدىء بغروب الشمس وينتهى بشروقها .

وأما احتمال العام للتخصيص أو قصره على بعض أفراده فهذا كثير جدا ، وقريب جدا حتى قيل — ما من عام إلا وخصص — وستراه فى موضعه .

(٣) المفسر هو اللفظ الذى ظهرت دلالته على معناه ولم يحتمل تأويلا ولا تخصيصا . مثاله قوله تعالى «وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة» . ومن ذلك قولك أعط هذا الكتاب فلانا بنفسه ، واصرف هذه النقود على فقراء جهة كذا جميعهم بنفسك . والمفسر يحتمل النسخ فى عهد الرسالة وأما بعد وفاة الرسول فلا نسخ أصلا كما سيأتى .

(٤) المحكم هو اللفظ الذى ظهرت دلالته على معناه بدون أن يحتمل تأويلا ولا تخصيصا ولا نسخا فى حياة الرسول ولا بعد وفاته — مثاله — قوله ﷺ . الجهاد ماض إلى يوم القيامة . ومثاله من النصوص القانونية المواد المتعلقة بنظام الحكم من الدستور . وستأتى له تتمة عند الكلام فى النسخ .

التقسيم الثانى من حيث الخفاء

(١) الخفى :

إذا تعلق الحكم الشرعى بمعنى عبر عنه بلفظ ظاهر فى دلالته عليه ، ثم وجد هذا المعنى بعينه معبرا عنه بلفظ آخر لمزية أو نقص فيه عن المعنى المعبر عنه باللفظ الأصلى فهل يتعلق به الحكم الشرعى أيضا أو لا ؟ مثال ذلك معنى السرقة هو أخذ نصاب من المال خفية من حرز مثله وقد علق بهذا المعنى حكم شرعى وهو القطع متى توافرت الشروط الأخرى

وقد وجد هذا المعنى أيضا بزيادة فى الطرار (وهو المسمى عندنا الآن بالنشال) فهو سارق وزيادة فهل يطبق عليه حكم السارق؟ الجواب أنه يطبق عليه حكم السارق وان كان اندراج عمله تحت مفهوم السرقة فيه شيء من الخفاء عرض له بتسميته طرارا لا سارقا ؛ وكذلك النباش الذى ينبش القبور ويسرق منها أكفان الموتى وأسنانهم الذهبية ونحو ذلك هل هو سارق أيضا فيطبق عليه حكم السارق أو المعنى فيه ناقص لأن ما يأخذه مما لا تجرى فيه الرغبة بل تنفر منه الطباع غير المألوفة؟ اختلف الفقهاء فى هذا فبعضهم اعتبره سارقا فقال باقامة حد السارق عليه، وبعضهم اعتبر المعنى فيه ناقصا فلم ير اقامة الحد عليه، وذهب إلى وجوب تعزيره. فالخفاء هنا هو فى تطبيق حكم السارق على الطرار والنباش فان عمل الجميع واحد، وهو مناط الحكم لكن لما كان النص قد ورد بلفظ السارق كان فى تطبيق الحكم على الطرار والنباش نوع خفاء وذلك للتعبير عن عمل كل بلفظ غير لفظ السارق. ولما كان معنى السارق فى الطرار موجودا وزيادة طبق حكم السارق على الطرار، وأما فى النباش فقد اختلفوا لنقصان المعنى فيه عند القائلين بعدم اقامة حد السارق عليه ولمساواته للسارق فى نظر الآخرين. ومما يصح مثالا هنا من النصوص القانونية. السند الاذنى أو الذى لحامله هل يعتبر من الأعمال التجارية فيخضع للاختصاص التجارى أو يعتبر من الأعمال المدنية إذا كان الموقع عليه من غير التجار، أو كان بسبب أعمال مدنية، وحينئذ يخرج عن اختصاص القضاء التجارى (١).

(١) انظر هذا البحث وافيا فى شرح القانون التجارى للاستاذ الدكتور محمد صالح بك

(٢) المشكل وهو ماخفى المراد منه لتعدد المعانى التى يستعمل فيها بسبب الاشتراك — مثاله قوله تعالى «ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه، وإنه لفسق» والاشكال فيه من الواو إن جعلتها للحال كانت جملة «إنه لفسق» قيدا لما قبلها، والفسق هو ماأهل به لغير الله أى ماذبح لغير الله من الاصنام التى كانت العرب تعبدها، وعلى هذا يحل الأكل من كل ذبيحة الا ماذبح لغير الله. وإلى هذا ذهب الشافعى رضى الله عنه. وان جعلت الواو للعطف لم تكن قيدا وإذا يحرم الاكل مما لم يذكر اسم الله عليه عمدا أو سهوا اخذا من ظاهر النص، لكن استثنى السهو بالسنة فبقى متروك التسمية عمدا من الذبائح، وفيه اختلاف الشافعية والحنفية، فالأولون يقولون بحله وتقومه، والآخرون يقولون بعكس ذلك. والمسألة مشهورة والجدال فيها عنيف، ولا يتحمل إيراده هذا المختصر

ومن أمثلة المشكل لفظ الكلالة، وقد فسرها الصديق رضى الله عنه بعدم الاب والفرع الوارث، وتبعه فى ذلك جميع الفقهاء. ويزول الاشكال بالتامل فى النص المشكل ومرجع ذلك الى نظر المجتهد وما يترجح عنده من التأويل.

ومن المشكل عندنا الآن كلمة «أصل الوقف» المذكورة فى المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية، والخلاف فيها مشهور وهو لم ينقطع الى الآن بل هو فى تجدد مستمر.

ومن ذلك كلمة «المواد الشرعية» فى المادة (٨) من لائحة المحاكم الشرعية. هل تتناول كل المسائل التى تعرض على المحاكم بدون تخصيص

أخذا بظاهر النص ، أو تقتصر على ماترك النظر فيه للمحاكم الشرعية بعد وضع القوانين للمحاكم الاهلية . وهذه المسألة أيضا محل خلاف ولتراجع مرافعات الاستاذ عبد الحميد بك أبو هيف رحمه الله ومرافعات الاستاذ عبد الفتاح بك السيد .

(٣) المجمل — هو ماخفى المراد منه لتعدد معانيه ولا يعرف المراد منه إلا ببيان من الشارع . ومن ذلك الالفاظ الشرعية كالصلاة والزكاة والربا ، أجملها الكتاب وبينتها السنة

(٤) المتشابه — هو ماخفى المراد منه بحيث لاترجى معرفته فى الدنيا لاحد أو لاترجى إلا للراسخين فى العلم . وليس منه شىء فى نصوص التشريع العملية . وإنما هو فى أوائل بعض السور وفى الصفات الموهمة كقوله تعالى « يد الله فوق أيديهم » وهذه وأمثالها لم يؤولها سلف الأمة مع اعتقادهم تنزيه الله تعالى وأنه ليس كمثله شىء . وأولها من جاء بعدهم بحملها على معان مجازية فقالوا فى الآية السابقة إن اليد بمعنى القدرة أى قدرة الله فوق قدرتهم (١)

ومما تقدم تعلم أن كلا من الاشكال والاجمال والتشابه آت من

---

(١) يجب أن يعلم أن الألفاظ التى لايدرك العقل ماالمراد بها ولا كنهها هى غير مايدرك العقل معناه الدال عليه بحسب الوضع والاستعمال فيحكم باستحالته بناء على هذا . فالعقل يدرك معنى قولك « الكل يساوى أحد أجزائه وقولك « الجسم الواحد يكون فى عدة أمكنة فى آن واحد» ثم يحكم باستحالة ماتقول ، فلا تقس على هذا مثل (ألم . ص) لأن عقلك السليم يأبى عليك هذا فافهم هداك الله .

الاستعمال ، وأن المشكل يؤوله الفقيه المجتهد باجتهاده . وأما المجمل فلابد أن يبينه الشارع ليعلم مراده منه بتفسيره اياه

أحوال اللفظ من حيث الاشتراك والعموم والخصوص

ينقسم اللفظ إلى مشترك وعام وخاص . وهاك جملة القول فى هذه الأنواع الثلاثة من حيث إفادة كل منها للحكم الشرعى .

المشترك

هو اللفظ الذى وضع لأكثر من معنى واحد وضعا متعددا كلفظ العين وهو كثير جدا فى اللغة . وقالوا ان سببه يرجع إلى اختلاف القبائل العربية ، أو يكون اللفظ موضوعا لمعنى مشترك بين معنيين فتصلح الكلمة لكل معنى من للمعنيين لذلك المعنى الجامع . مثال ذلك لفظ « القرء » موضوع فى اللغة للوقت المعتاد فأطلق على كل من الحيض والطهر لأن لكل واحد منهما وقتا معتادا . ومثل هذا كثير فى اللغة كما فى مادة (ج ن ن) ومادة (أل ك) . وقد يكون اللفظ موضوعا لمعنى ثم يستعمل فى غيره استعمالا مجازيا شرعيا أو غير شرعى كالصلاة وضع فى اللغة للدعاء ثم استعمل شرعا للدلالة على تلك الهيئة المخصوصة ؛ وكالزكاة وضع فى اللغة للنماء ثم أطلق على المعنى الشرعى المعروف . ويقابل المشترك ، الترادف، وهو أن يكون لمعنى واحد أكثر من لفظ واحد يدل عليه .

ويعرف المعنى المراد من المشترك بالقرائن ودلالة الحال ، وسياق الكلام والمشترك موجود فى النصوص الشرعية فى الكتاب والسنة كما قدمنا فى المشكل والمجمل وكما فى الباء فى آية الوضوء وكلفظ الايم

فى حديث « الايم أحق بنفسها » أولها الحنفية بمن لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا وأولها غيرهم بمن فقدت زوجها بموت أو طلاق قبل الدخول .

العام

هو اللفظ الموضوع لكثير غير محصور فى عدد معين بحيث يستغرق جميع أفراد ما يصلح له اللفظ . كقوله تعالى « إن الانسان لفى خسر » .

واستغراق العام لأفراده قد يكون على سبيل الشمول ، بأن يتناولهم الحكم جميعا دفعة واحدة فى آن واحد ، كقولك « كل مصرى يتكلم باللغة العربية العامية » أو يكون استغراقه لأفراده على سبيل البدل بمعنى أن كل فرد من الأفراد يكون صالحا لأن يتناوله الحكم ولكن لا يعمهم الحكم دفعة واحدة فى آن واحد ، فاذا قلت من سبقت فرسه أولا استحق مكافأة مقدارها مائة جنيه ؛ ومن جاء بعده مباشرة استحق مكافأة مقدارها خمسون جنيها وهكذا . فانه يفهم من كلامك هذا أن كل واحد يصلح لأن يأخذ مكافأة مقدارها مائة جنيه إذا جاءت فرسه أولا وخمسين إذا جاءت ثانيا .

الفاظ العموم

كل وجميع والمفرد المحلى بأل الجنسية والجمع المحلى كذلك والجمع المضاف والنكرة فى سياق النفى والاسماء الموصولة وأسماء الشرط وأسماء الاستفهام .

(أمثلة) ولقد بعثنا فى كل أمة رسولا . كلكم راع ، وكل راع مسئول عن رعيته . أنى رسول الله اليكم جميعا . إليه مرجعكم جميعا . إن الانسان لفى خسر . والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء . قد أفلح المؤمنون . حرمت عليكم أمهاتكم ، يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين . ذلك الكتاب لا ريب فيه . وما من دابة فى الأرض إلا على الله رزقها . وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن للذين أحسنوا الحسنى وزيادة . وأحل لكم ما وراء ذلكم . وأنفقوا مما رزقناهم سرا وعلانية . جنات عدن يدخلونها ومن صلح من آبائهم وأزواجهم وذرياتهم . ذلك لمن خاف مقامى وخاف وعيد . من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له . وما تقدموا لأنفسكم من خير تجدوه عند الله هو خيرا .

حكم العام

إذا ورد فى التشريع لفظ عام فان الحكم يتناول جميع أفراده فيعمها الحكم ظاهرا حتى يقوم الدليل على التخصيص . فاذا وجد المخصص كان العام متناولا بحكمه مابقى من الأفراد بعد ما أخرجه المخصص (مثلا) فى قوله تعالى « إن الانسان لفى خسر » حكم عام يشمل جميع أفراد الانسان فاذا ضم إلى قوله تعالى ، متصلا به « إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وتواصو بالحق وتواصوا بالصبر » كان حكم العام قاصرا على من عدا هؤلاء من أفراد الانسان .

وعلى هذا اذا ورد العام فهل يجوز العمل بعمومه قبل البحث عن المخصص ؟ الجواب لا يجوز المبادرة إلى اجراء العام على عمومه قبل

البحث عن المخصص ، فيجب على طالب الحكم الشرعى أن ينظر فى جميع النصوص من الكتاب والسنة ، ليستخرج الحكم من مجموعها ، فان عجز عن ذلك رجع إلى أقوال الفقهاء المجتهدين الذين أعدوا أنفسهم لحمل هذا العبء ليعرف الحكم منهم « فاسئلوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون » وما قيل غير هذافهو بمعزل عن الصواب .

تخصيص العام

يقل فى التشريع جدا أن يكون المراد بالعام تناول جميع أفراده على وجه الاستغراق ، حتى قيل ـ مامن عام الا وخصص ـ وهذا القيل أيضا دخله التخصيص . قال تعالى (والله بكل شىء عليم) وقال (وما من دابة فى الارض الا على الله رزقها ويعلم مستقرها ومستودعها)

والتخصيص اما أن يكون بنص مستقل ، أو بغيره

فمن أمثلة الاول قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) مع قوله (ياأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) فالاية الثانية خصصت الآية الاولى بالمدخول بهن من الزوجات المطلقات وقوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) الآية مع حديث (البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته) وقوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) مع حديث (يحرم من الرضاع مايحرم من النسب) وحديث (لاتنكح المرأة على عمتها أو خالتها ، ولا على ابنة أخيها أو ابنة اختها) وقد خصص بعض الائمة فى ذلك أيضا المعتدة اذا تزوجها رجل فى عدتها فقال بأنها تحرم عليه أبدا

وكذا من أغرى امرأة متزوجة فافسدها على زوجها ليطلقها ثم يتزوجها ذلك المفسد لاتحل له ابدا ، وكذا التفريق باللعان يؤبد الحرمة ، وكذا فعل مايوجب حرمة المصاهرة بأحد أصول الزوجة أو فروعها وما الى ذلك . فبعد أن جاء التخصيص بالنص جاء التخصيص فيما بقي بالاجتهاد لأسباب مصلحية

ومن ذلك تخصيص ماجاء في الماده (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الاهليه في منعها المحاكم الاهلية النظر في مسائل الهبة بماجاء في المواد (٤٨ و ٤٩ و ٥٠ و ٥١) مدني والمواد (٣٦١ و ٢، ٣ و ٣١٣) تجاري وكذا تخصيص ماجاء في المادة (١٦) أيضا في منعها المحاكم الاهلية من النظر في مسائل الوقف بالمادة (٥٣) مدني .ومنه تخصيص المادة (٧) من قانون العقوبات بالنسبه لحق القصاص بما يؤخذ من مجموع نصوص ذلك القانون ، وقانون تحقيق الجنايات ، ثم تخصيص المادة السابعة لعموم ماجاء من النصوص في تأديب الوالد لولده ، والزوج لزوجته والمعلم لتلميذه التأديب المأذون به شرعا . ومن تخصيص المادة (١٥١) مدني بجميع النصوص التي اباح فيها القانون اعمالا قد تضر بالغير ولو ضررا بينا : والامثلة كثيرة جدا

ومن أمثلة الثاني . الاستثناء بالا واخواتها . قال تعالى(ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ، ـ إلى أن قال ـ الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها» وقال تعالى « والذين يرمون المحصنات ، الى أن قال ـ الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا » ومنه قوله تعالى « من بعد وصية يوصى

بها أو هبن غير مضار » وقوله تعالى « لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر . والمجاهدون فى سبيل الله بأموالهم وأنفسهم » الآية

ومن التخصيص ع ستقل التخصيص بالعقل كاخراج الصى والمجنون من خطابات الشارع العامة . وقد أيد الشرع العقل فى ذلك ، وكذلك الشأن فى القانون الوضعى .

ومن التخصيص أيضا التخصيص بالعرف والعادة وهو يعتبر شرعا . ومن أمثلة ذلك أن مالكا رحمه الله قال اذا كانت المرأة شريفة القدر لا يلزمها ارضاع ولدها ان قبل ثدى غيرها لمصلحة المحافظة على جمالها جريا على عادة العرب فى ذلك . فخص بذلك عموم القرآن : قال تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن » الآية والكلام هنا خبر أريد به الامر ، لأن ورود الأمر بصيغة الخبر آكد من وروده بصيغة الانشاء ومن الممكن أن نقول ان العرف القضائى فى المحاكم الاهلية والشرعية خصص النص الوارد فى المادة (٨) من لائحة المحاكم الشرعية وهو عبارة « المواد الشرعية » فجعله قاصرا على ماخرج من اختصاص المحاكم غير الشرعية من الناحية العملية ، وان كانت المسألة فى حيز التردد من الناحية النظرية . وقد تصير العادات والتقاليد المتوارثة قانونا مخصصا ومقيدا نصوص القانون المكتوب . وكم للعرف التجارى من تأثير فى تأويل نصوص القانون والالجاء الى أن يكون الحكم بمقتضاه ، وكذا فى الشرع فانه معتبر وقد قيل

والعرف فى الشرع له اعتبار   لذا عليه الحكم قد يدار

وقد قدمنا شيئا من ذلك فيما سبق

حكم العام بعد التخصيص

العام بعد التخصيص يتناول مابقي من الافراد تناولا ظنيا لاحتمال اخراج بعضها لعلة تقتضي الاخراج ولذا يصح الاخراج منه بالقياس وان كان النص قطعي الثبوت لما تطرق إليه من الاحتمال بعد أن أضعف التخصيص جانبه بما أخرجه منه وهذا في التخصيص بمستقل

وفي هذا المقام مناقشات كثيرة وتفصيل بين ما إذا كان التخصيص بمستقل أو غير مستقل الى غير ذلك مما لاداعي لايراده هنا .

(تنبيه) سأذكر عند الكلام في النسخ الفرق بين التخصيص وأحد نوعي النسخ .

الخاص

هو غير العام سواء أكان مدلوله واحدا كرجل أو أكثر كرجلين ورجال ونساء وقوم ورهط وجماعة وفوج وعشرة ومائة وألف وهكذا من كل لفظ غير مستغرق لكل الأفراد . وعلى هذا لاواسطة بين العام والخاص .

حكم الخاص

الخاص يوجب حكم المسند المسند اليه قطعا فاذا قلت على شجاع فقد أوجبت الحكم بالشجاعة لعلى وكل واحد من شجاع وعلى لفظ خاص . لكنه مع ايجابه الحكم يحتمل التأويل بصرفه عن ظاهره كما يحتمل العام التخصيص ، ولا يصرف عن ظاهره الا إذا وجد الدليل على أن المراد به غير ظاهره كما لا يصرف العام عن عمومه الا اذا وجد الدليل على التخصيص كما أسلفنا .

مثال ذلك قوله تعالى «وجاء ربك والملك صفا صفا» أى أمر ربك وقوله « واسأل القرية » أى أهل القرية . فكلما أمكن اسناد المحمول الى الموضوع ولم يوجد دليل صارف عن هذا ولاقرينة كان الاسناد قطعيا ـ وكذلك يحمل اللفظ على معناه الوضعي المتبادر إلى الذهن عند سماعه إلا اذا وجدت قرينة تصرفه عن هذا الحمل الى معني مجازى آخر ومن أمثلة ذلك قوله تعالى « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيرا » .

مايندرج تحت الخاص من الأنواع

يندرج تحت الخاص أنواع منها المطلق والمقيد والأمر والنهى . والذى يعنينا هنا هو الكلام فى هذه الأنواع الاربعة . وهاك جملة القول فى ذلك .

المطلق والمقيد

المطلق هو مادل على فرد أو أفراد شائعة بدون قيد مستقل لفظا مثل رجل وطائر وخيل .

والمقيد هو مادل على فرد أو أفراد شائعة بقيد مستقل لفظا مثل رجل طويل ، وطائرين أخضرين ، وخيل دهم .

حمل المطلق على المقيد :

اذا جاء فى النصوص الشرعية لفظ مطلق فى موضع وجاء مقيدا فى موضع آخر فهل يحمل المطلق على المقيد بأن يكون المراد به هو المراد بالمقيد ؟ والجواب أنهما اذا اتحدا حكما وسببا حمل المطلق على المقيد

قال تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم » الآية وقال « قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو لحم خنزير فانه رجس أو دما مسفوحا » الآية فيكون المراد بالدم فى الآية الاولى هو الدم المسفوح لأن الموضوع واحد .

وان إختلفا سببا كما فى كفارتى قتل الخطأ ، والظهار فقد وقع خلاف فى حمل المطلق على المقيد والراجح عدم الحمل . مثال ذلك قال تعالى فى كفارة الظهار « فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا » وقال فى كفارة قتل الخطأ « فتحرير رقبة مؤمنة » فالسبب مختلف ، والكفارة أمر تعبدى ، ولعل الشارع شدد فى كفارة قتل الخطأ فقيد الرقبة بأن تكون مؤمنة ، وخفف فى كفارة الظهار فأوجب رقبة مطلقا ـ وهذا أيسر من الرقبة المقيدة بوصف الايمان ، ليناسب كل واحدة من الكفارتين جنايتها ، أو لحكمة أخرى ، فالصواب عدم الحمل هنا .

وفيما عدا ذلك لا يحمل المطلق على المقيد . وهنا كلام لا داعى اليه أمثلة لحمل المطلق على القيد .

(١) حديث سعد مقيد لاطلاق الوصية فى آيات المواريث

(٢) الاجماع مقيد لكل من الأخ والأخت فى آية الكلالة الأولى بأولاد الأم فقط . وفى آية الكلالة الثانية بالاشقاء أو الاخوة لأب فقط ، ولا بد للاجماع من مستند

(٣) خيار المخيرة مقيد بالمجلس باجماع الصحابة

(٤) التوكيل المطلق بالزواج أو بالبيع مقيد بالعرف على قول الصاحبين باق على اطلاقه على قول الامام .

(٥) حديث « الثمرة للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » أي المشترى . مع حديث « من باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » والحديث الثانى أصح سندا لأنه مروى فى الكتب الستة بخلاف الاول

(٦) المادة (٢٥٦) مقيدة للمادة (٢٥٥) مدنى فى اعتبار قيمة المبيع وقت البيع ، إذا الموضوع واحد .

الأمر والنهى

تمهيد

المطلوبات الشرعية التى تضمنتها النصوص جاء بعضها بطريق الانشاء وبعضها بطريق الاخبار بأساليب شتى : والطلب بصيغة الانشاء هو الأصل لكن الطلب بصيغة الخبر آكد . ومن أمثلة الطلب بصيغة الاخبار . قوله تعالى « إن الله يأمر بالعدل والاحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » . وقوله « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة . وقوله « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » « كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » « إنما حرم ربى الفواحش ماظهر منها ومابطن والاثم والبغى بغير الحق وأن تشركوا بالله مالم ينزل به سلطانا ، وأن تقولوا على الله مالا تعلمون » « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا » . والشواهد على ذلك لاتحصى كثرة .

والطلب الانشائى إما أن يكون أمرا أو نهيا .

الأمر

هو طلب إيقاع الفعل أى إخراجه من حيز العدم إلى حيز الوجود بصيغة « افعل » وما يجرى مجراها ، مثل لتفعل ، على وجه الاستعلاء

ويكون الآمر من الأدنى للأعلى ، حتى إذا طلب الأدنى من الأعلى ايجاد فعل على وجه الاستعلاء استحق الذم واللوم ، وإنما يكون طلب الأدنى من الأعلى دعاء « ربنا ولا تحملنا مالا طاقة لنا به ، واعف عنا واغفر لنا وارحمنا » وإما استعطافا واسترحاما كقول الفقير المسكين للغنى ، أعطنى شيئا لله أنقذ نفسى به من مخالب الجوع وأستر به بدنى . وأما طلب الانسان من نظيره فيسمى التماسا كقولك لزميلك أعطني ورقة لأكتب فيها .

وقد يكون الطلب بصيغة الأمر للارشاد كما فى قوله تعالى « يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » أو للتخيير كما فى قوله « قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن أيا ما تدعوا فله الأسماء الحسنى » أو للإباحة كقوله « كلوا واشربوا من رزق الله » و « كلوا مما فى الارض حلالا طيبا » وفى هذا امتنان منه سبحانه على عباده . وقد يكون الأمر للتهديد كقوله « اعملوا ماشئتم » وقد يستعمل فى معان أخرى وهى كثيرة . ويعرف ذلك بالقرائن .

دلالة صيغة الأمر على الوجوب

فان تجردت صيغة الأمر من القرائن كانت للوجوب كقوله تعالى « أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة » وكذا بالأولى تكون للوجوب إذا صاحبتها قرينة تدل على ذلك كقوله تعالى « فمن شهد منكم الشهر

فليصمه » بعد قوله « كتب عليكم الصيام » ومن أمثلة ذلك قوله تعالى « وآتوا حقه يوم حصاده » وقوله « وليطوفوا بالبيت العتيق » وقوله ﷺ « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته.

هذا وليعلم أن النظر في النصوص الشرعية لمعرفة ما إذا كانت صيغة الأمر تدل على طلب الفعل حتما أولا مما يكون للاجتهاد مجال فيه. ولذلك اختلف الفقهاء في بعض المواضع في ذلك كما في الأمر بكتابة وثيقة الدين أهو للوجوب أم الارشاد وكذا الأمر بترك البيع بعد النداء إلى صلاة الجمعة وغير ذلك وبالجملة فهذا الموضوع له خطره في التشريع

اقتضاء الأمر تكرار الفعل المأمور به

الأصل أن ذمة المأمور بأمر تدل صيغته على الايجاب تبرأ باتيانه به مرة واحدة لأنه بذلك يتحقق امتثاله وطاعته للآمر ، وصيغة الأمر بطبيعتها لا تدل على التكرار حتى إذا وجد دليل أو قرينة تدل على التكرار عمل بمقتضى الدليل أو القرينة . فالحج مطلوب فعله مرة واحدة على وجه الوجوب بخلاف الصلاة والزكاة والصوم فانها عبادات مطلوب تكرارها على حسب ما رسمه الشارع

اقتضاء الأمر الفور

الأمر المقيد بوقت يتقيد بما قيد به كالصلوات المفروضة وصوم رمضان . وفي غير المقيد يجوز أن يؤتى بالمأمور به فورا ويجوز تأخيره إذ الأمر في ذاته لا يدل على فور أو تراخ أو تخيير بينهما وانما يدل على ذلك إذا وجد دليل أو قرينة لافرق في ذلك بين أوامر الشارع وأوامر غيره . لكن ورد من النصوص الشرعية ما يدل على المبادرة

إلى ما أمر به الشارع خوف الفوات وتعجلا بفعل الخير متى كان ذلك فى الاستطاعة . قال تعالى « فاستبقوا الخيرات » وقال « وسارعوا إلى مغفرة من ربكم وجنة عرضها السموات والأرض أعدت للمتقين »

وانظر ما تقدم فى هامش صفحة ٩

النهى

هو طلب الكف عن الفعل بقولك لا تفعل أو بما يؤدى معناه على وجه الاستعلاء . وتكون للتحريم أى طلب الامتناع عن الفعل حتما إذا تجردت عن القرائن الصارفة لها عن ذلك . مثل « لا تقربوا الزنا » و « لا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق » و« لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » وقد تأتى لغير ذلك على حسب ما تدل عليه القرائن .

ويفارق النهى الأمر فى مسألتين .

(الأولى)

أن صيغة الأمر بحسب وضعها لا تقتضى الفور ولا التكرار ، كما قدمنا وأما صيغة النهى الدالة على طلب الكف من الفعل حتما فانها تقتضى الفور والتكرار فيتحتم على المكلف اذا نهاه الشارع عن أمر أن يكف عما نهى عنه فى الحال ، وألا يفعله فى أى وقت من أوقات حياته بل كلما بدا له أن يفعل ما نهى عن فعله ونزعت نفسه اليه ، كف نفسه عنه ، فاذا صبر وامتثل استحق ثواب الله تعالى على حسن نيته ، وإذا غلبته نفسه أو عاند ففعل استحق عقاب الله

(الثانى)

أن المأمور بفعل شىء على وجه الوجوب إذا أتى به على الوجه

الذى أمر به امتثالا لأمر الشـارع ، وكان ما أتى به مستوفيا أركانه وشروطه الشرعية ترتب على ذلك أثران (أولهما) براءة ذمته مما طلب منه ، وترتب الآثار الشرعية على فعله (ثانيهما) استحقاق الثواب على ما فعل فضلا من الله ونعمة . وأما من نهى عن أمر على وجه التحريم فخالف وفعل ما نهى عنه فانه ينظر فى النهى عنه فان كان فعلا حسيا كالزنا فانه يترتب على ذلك أثران (أولهما) حرمان ذلك المخالف من النعم المترتبة على هذا الفعل لو كان حلالا فلا نسب ، ولا ميراث ، ولا نفقة المزنى بها الخ إذ النعمة لا تستفاد بالمعصية ، وانما تستفاد النعمة بالطاعة (ثانيهما) استحقاقه عقاب الآخرة عدلا من الله تعالى ، وقد يكون للفعل المحرم عقاب أيضا من الدنيا من حد أو تعزير أو قصاص وأما إن كان المنهى عنه من الأمور الشرعية . كأن يكون الفعل مشروعا أى مطلوبا لله تعالى أو مأذونا به منـه ، وقد وضع له هيئة وشروطا وجعل له أركانا لا يعتبر الا بها لكنه نهى عنه فى حالات خاصة فهذا تحته أربعة أقسام .

(الأول) : أن يكون المنهى من فعله من العبادات كالنهى عن الصلاة وقت شروق الشمس ، ونهى الحائض عن الصوم كانت العبادات باطلة وهل من ذلك الصلاة فى الأرض المغصوبة والثوب المغصوب قيل ببطلان الصلاة وقال الجمهور بصحة الصلاة مع ارتكاب حرمة الغصب وإذا كانت العبادة باطلة فلا يزال المكلف مطالبا بفعلها لشغل ذمته بها

(الثانى) أن يكون الفعل مشروعا فى الأصل لـكن المحل غير قابل لحكمه كبيع الحر والمسجد حال كونه مسجدا ، وهذا باطل أيضا

لا يترتب عليه شيء من أحكام البيع .

(الثالث): أن يكون الفعل مأذونا به من الشارع ، ولكن لا حكم له الحل كالزواج لكن نهى الشارع عنه فى حالات خاصة كزواج المحارم . وهذا باطل أيضا

(الرابع) أن يكون الفعل مأذونا به من الشارع بحسب الأصل وحكمه فى الأصل غير الحل وإن كان الحل يأتى تبعا بطريق اللزوم وذلك كالبيع، حكمه انتقال الملك من البائع الى المشترى ، وتقرر الثمن فى ذمة المشترى . فاذا نهى الشارع عنه لوصف ملازم له كالبيع بدون تسمية الثمن ، أو بثمن مجهول ، أو بثمن معلوم مؤجل، وقد جهل الأجل أو كان بيع غرر وما الى ذلك من البياعات المنهى عنها لاوصاف فاسدة تلازمها — ففى هذا اختلف الفقهاء فذهب الجمهور الى أن التصرف فى هذه الحالة ، بيعا كان أو غيره يكون باطلا لأجل النهى لوصف ملازم. وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أن التصرف يكون بمنزلة بين منزلتين لأنه من حيث أصله أى ركنه ومحله سليم فيكون صحيحا بناء على هذا ؛ لكنه من حيث وصفه غير صحيح فلا يعتبر صحيحا اطلاقا، ولا باطلا اطلاقا بل يعتبر فاسدا . وعلى هذا انقسمت العقود والتصرفات حاشا الزواج — عند أبي حنيفة وأصحابه الى ثلاثة أقسام، صحيح وفاسد وباطل ، وأما الزواج فلنا فيه كلام لا يتسع له المقام، وعند الجمهور تنقسم العقود والتصرفات الى صحيح وباطل فقط . وهنا بحث واسع النطاق جدا يضيق عنه هذا المختصر وقد استوفيته فى كتابى «العقود والشروط والخيارات »

وإن كان الشارع قد نهى عن هذا النوع من التصرفات لوصف مجاور كالنهى عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة فعلى قول الجمهور يكون البيع صحيحا متى استوفى أركانه وشروطه ، وعلى قول بعض الفقهاء يكون باطلا من أجل النهى . ولهذه الصورة وماقبلها بحث دقيق أيضا متصل بالبحث الأول لايتحمله المقام هنا .

النسخ (١)

إذا جاء نص شرعى بحكم ثم جاء بعده بزمن طويل أو قصير نص آخر يبطل العمل بحكم النص الأول فى كل مايتناوله أو فى بعضه سمى النص الثانى ناسخا والنص الأول منسوخا ، ويسمى ابطال مابطل من حكم النص الأول كلا أو بعضا نسخا. والنصوص الشرعية التكليفية لم تجىء دفعة واحدة بل روعى فى مجيئها أن تأتى بالتدريج حتى تهيأ لها نفوس المخاطبين ولاتشق عليهم اذا كلفوا بها فجأة ودفعة واحدة. يظهر لك ذلك من النصوص الواردة فى الخمر ، وفى القتال ، وفى المواريث . ثم قد يأتى النص لمصلحة وقتية حتى إذا انتهى وقتها جاء غيره بما يدل على انتهاء العمل بالنص الأول . والله تعالى عليم حكيم فله أن يمحو مايشاء ويثبت مايشاء ، لامعقب لحكمه .

والنسخ ينقسم إلى قسمين

القسم الأول ـ أن يرد نص ناسخ لحكم نص سابق ومنه للعمل

(١) يقابله فى القانون الغاء الاحكام . وفى مسألة النسخ نفسها وفى بعض ماسأذكره من الشواهد والامثلة بحوث ذات شعب لايتحمل المقام هنا إيرادها ولا الأخذ والرد فيها ولا يتسع لذلك .

بالنص الأول . والقسم الثانى ـ أن يرد نص مخصص أو مقيد لحكم نص سابق بعد فترة من الزمن . فالنسخ فى القسم الأول مبطل لحكم النص الأول كله ، والنسخ فى القسم الثانى مبطل لحكم الاول فى بعض ماكان يتناوله من قبل من أفراد ومن حالات .

وهاك بعض أمثلة لكل من القسمين .

(أمثلة للقسم الأول) :

(١) نسخ الوصية للوالدين والأقربين بآيات المواريث وبحديث (لاوصية لوارث) وفى هذا المقام بحث .

(٢) حديث النهى عن زيارة القبور ثم الاذن بها «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها فانها تذكر الآخرة»

(٣) نسخ الاتجاه فى الصلاة الى بيت المقدس بالاتجاه الى الكعبة

(٤) نسخ الامر بصيام ثلاثة أيام بالأمر بصيام رمضان .

(٥) نسخ امساك الرجل مطلقته بعد الثلاث وارتجاعها كلما شاء .

بتحريمها عليه تحريما مؤقتا حتى تتزوج بزوج غيره وتقع الفرقة بينها وبين الثانى ثم تنقضى عدتها

(٦) قال تعالى (واذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا) أى اذا حضر قسمة الميراث أولو القربى ممن لاميراث لهم ؛ قيل ان هذا النص منسوخ ، وقيل انه ليس بمنسوخ ولكن تهاون الناس فتركوه . وترك العمل بالنص ليس نسخا له

« أمثلة للقسم الثانى »

« ١ » قال تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وقال (والذين يرمون أزواجهم) الآية أنظر صفحة ٤٦ . أخرج النص الثانى بطريق النسخ من النص الاول من يقذف زوجته بالزنا وجعل له حكما آخر وهو اللعان

(٢) قال تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقل « وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن » . وقد جزم ابن مسعود بأن الآية الثانية نزلت بعد الآية الاولى ، وعلى ذلك تكون عدة الحامل المتوفى زوجها وضع حملها طالت المدة أم قصرت وبهذا أخذ جمهور الفقهاء وقال على رضى الله عنه انها تعتد بأبعد الاجلين جمعا بين الآيتين ، احتياطا

وهنا بحث مهم جدا وهو أن الفرق بين النسخ والتخصيص والتقييد انما يظهر فى عصر الرسالة فقط . وذلك لأن النص قد يجىء عاما ومعه مايخصصه فيدل هذا من أول الأمر على أن العام قاصر من أول الامر على ما بقى بعد التخصيص ، وقد يجىء مطلقا ومعه مايقيده فيدل هذا من أول الامر على أن المطلق لايعمل به الامع التقيد المذكور وقد يجىء النص عاما وبعد مدة من الزمن طالت أم قصرت يأتى نص آخر يخصصه ، وفى الفترة بينهما يعمل بالعام على عمومه حتى إذا جاء المخصص قصره على ما بقى (أنظر ماقدمناه فى صفحة ٤٦) وكذا اذا جاء مطلقا ثم جاء بعد ذلك مايقيده عمل بمقتضى الاطلاق قبل مجىء النص المقيد وبعد ذلك لايعمل به الا مقيدا . هذا هو الحكم فى

عصر الرسالة »، والتشريع لما بينته بعد. أما بعد عصر الرسالة بعد وفاة الرسول ﷺ فيستوى الامر بالنسبة للنسخ من جهة، والتخصيص والتقييد من جهة أخرى، اذ لا يعمل حينئذ بالعام الا فيما وراء التخصيص ولا بالمطلق الا مقيدا. وعلى هذا اذا قلت. ان حديث سعد فى الوصية بالثلث مقيد لاطلاق الوصية من حيث القدر فى قوله تعالى « من بعد وصية » فى آيات المواريث أو ناسخ للاطلاق استوى الأمران بالنسبة الينا. وكذا اذا قلت ان قوله تعالى « دما مسفوحا » مقيد لقوله « حرمت عليكم الميتة والدم » أو ناسخ لاطلاقه كان الأمران مستويين بالنسبة لنا أيضا ومثل ذلك فى تخصيص العام قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » مع قوله فى حق غير المدخول بهن « ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها »

إذا تقرر هذا فاننا بعد وفاة الرسول ﷺ يجب علينا أن ننظر في نصوص الكتاب وما ثبت من السنة من حيث التخصيص والتقييد كأن النصوص جاءت معا فنخصص العام ونقيد المطلق ولا يعنينا تواريخ مجيء النصوص من الناحية العملية وانما يعنينا هذا من الناحية التاريخية لنعرف تطورات التشريع والظروف والمناسبات التى جاء فيها؛ وان فى هذا من الفوائد العظمى مالا يستهان به.

هذا وليعلم أنه لا نسخ بعد وفاة الرسول لان أحكام الشرع لا ينسخها غير الشارع، وأن نصوص الكتاب والسنة ينسخ بعضها بعضا على قول جمهور الفقهاء لأنها فى مستوى واحد من حيث التشريع اذ الكل

فى الحقيقة من عند الله وسيأتى لهذه المسألة تتمة فى الاجماع .

وكل النصوص الطلبية قابلة للنسخ الاقسمين منها « الاول » مانص فيه على التأبيد كقوله ﷺ « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » أى مطلوب من الأمة أن تمضى فيه إلى يوم القيامة ونظير ذلك قوله ﷺ « لاتزال طائفة من أمتى قائمة على الحق » وقوله « لن تجتمع أمتى على ضلالة . إذ خبر المعصوم مطابق للواقع .

« الثانى » كل نص لايقبل حسنه أو قبحه السقوط . مثال ذلك قوله تعالى « وقضى ربك ألاتعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا » وقوله « قل حرم ربى الفواحش ماظهر منها ومابطن » وقوله « لاتشرك بالله إن الشرك لظلم عظيم » .

وهكذا ممالايحصى كثرة من النصوص

والنسخ بنوعيه حاصل فى القوانين باستمرار ، لاينقطع أبدا ، إذ السلطة التى تملك من التشريع الوضعى باقية لاتزال فتملك الغاء ماشرعت كلا أو بعضا . حتى لاتكاد تمضى فترة من الزمن قصيرة إلا ويكون فيها إنشاء تشريع وإلغاء تشريع . ومن أمثلة نسخ الاطلاق والعموم ماجاء فى قانون التسجيل المأمور بالعمل به من أول يناير سنة ١٩٢٤ . أنظر المادة الأولى منه والمادة (١٦) . ومن نصوص القانون مالايقبل الالغاء أصلا ومن ذلك ماجاء فى المادتين « ١٥٦و١٥٨ » من الدستور ،

والقوانين الوضعية ليست كلها فى مستوى واحد من حيث القوة

بالنسبة لنسخ نصوص بعضها لبعض بل لها نظام معلوم مبين فى موضعه .

تعارض النصوص

يجب أن يعلم أنه ليس فى الشريعة تناقض حقيق بين نصوصها الثابتة المطلوب العمل بكل منها ظاهرا ، بل إذا وجد شىء من ذلك ظاهرا فلا بد من نسخ أو تخصيص أو تقييد أو تأويل أو ترجيح لنص على آخر . وقد تقدمت أمثلة النسخ والتخصيص والتقييد . ولأذكر هنا مثالين أحدهما للترجيح والثانى للتأويل . فالمثال الأول أنه ورد حديثان أولهما ينفى العدوى وهو حديث « لاعدوى » والثانى يعطى بظاهره وجود العدوى وهو « فر من المجذوم فرارك من الاسد » وقد رجح الثانى على الاول بقوة سنده وضعف سند الاول . وإن كان بعضهم استعمل التأويل فيهما . والمثال الثانى أنه جاء فى بعض الاحاديث أن صلة الرحم تزيد فى العمر . وهذا يتعارض مع قوله تعالى « فاذا جاء أجلهم لا يستأخرون ساعة ولا يستقدمون » ويرفع التناقض تأويل الزيادة فى العمر بسعة الرزق وزيادته وعافية البدن وراحة الضمير وأمن الانسان فى نفسه وعياله وما إلى ذلك [١] .

---

(١) يحكى أن سائحا دخل مدينة من جهة مقابرها فوجد مكتوبا على أحد قبورها أن صاحب هذا القبر لم يعش إلا كذا يوما وعلى الثانى ان صاحب هذا القبر عاش سبعة أشهر فقط وعلى ثالث أن صاحب هذا القبر عاش ثلاث سنين ، وهو عمر طويل جدا . وهكذا . فتعجب من قصر أعمار أهل تلك المدينة فلما دخلها وجد فيها شيوخا كبارا وكهولا كثيرين وشبانا وأطفالا فازداد

وقد استوفى علماء الأصول هذا الموضوع وأحاطوا به من جميع نواحيه بما لا مطمع فيه لمستزيد . وفيما ذكرناه هنا ما فيه الكفاية بالنسبة لهذا المختصر .

والآن وقد انتهينا من مباحث النصوص فلنبدأ بذكر الأدلة الاخرى بايجاز فأقول .

الاجماع(١)

هو اتفاق الفقهاء المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته على أمر من الأمور الشرعية قولا أو فعلا فى أى عصر من العصور .

فلا اعتبار باتفاق العوام ولا بخلافهم فى الأمور الشرعية . ولا ينعقد اجماع فى عصر الرسول لأنه هو وحده المرجع فى تعرف الأحكام الشرعية . والمراد بالعصر عصر من كان من أهل الاجتهاد فى الوقت الذى حصلت فيه المسأله المجمع عليها ؛ سواء أكان المجتهدون كلهم فى مكان واحد أم كانوا فى أمكنة متعددة ؛ بعد أن يجمعهم عصر واحد .

عجبا . فسأل بعض أهل تلك المدينة عما رآه مكتوبا على قبورهم وكيف يتفق مع ما رآه فى المدينة من الاحياء . فتبسم الشخص الذى سأله وأجابه إننا لا نكتب على قبور موتانا عمر من دفن فيها كله وإنما نكتب فقط الأيام التى عاشها سعيداً فهذا هو تأويل ما رأيت.

(١) معنى الإجماع فى اللغة العزم . قال الله تعالى « فأجمعوا أمركم » وقال ﷺ « لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل » ويطلق أيضا على الاتفاق ، يقال أجمع القوم على كذا أى اتفقوا . والفعل يتعدى بعلى ، ويتعدى بنفسه . تقول أجمعت على الأمر إجماعا ، وأجمعته ، أى عزمت عليه .

وذهب بعض الأئمة العظام كالامام احمد بن حنبل الى أن الاجماع لا يمكن تحققه الا فى عصر الصحابة إذ كانوا قليلا وكانت تجمعهم رقعة ضيقة من الارض وكان الفقهاء منهم معروفين بأشخاصهم واسمائهم .

وأما بعد هذا العصر فقد تفرق الفقهاء وحملة السنة النبوية فى نواح متعددة كالعراق والشام ومصر والمغرب واليمن والحجاز وصار الاطلاع على آراء جميع الفقهاء منهم فى عصر واحد مع هذا التفرق — وقد يكون منهم خامل الذكر — كالمتعذر ، ولذا لا ينبغى أن يقال فى مسألة انهم أجمعوا على كذا ، بل الأسلم أن يقال لا أعلم فى هذه المسألة خلافا بين الفقهاء . لكن جمهور الفقهاء على القول بجواز الاجماع فى كل عصر الى يوم القيامة مادام الاجتهاد متحققا وجوده .

كيفية الاجماع وأنواعه

للاجماع طريقان :

(أولهما) أن يجتمع أهل الاجتهاد فى مجلس واحد وتطرح عليهم المسألة المراد أبداء رأى كل منهم فيها ، أو يصادف طروء المسألة وهم مجتمعون بدون دعوة لها من قبل ، فاذا اتفقت كلمتهم على حكم لتلك المسألة كان هذا اجماعا واذا أبدى بعضهم رأيا وسكت الباقون وكان سكوتهم يدل على الموافقة ظاهرا ولم يكن بعضهم سكت ليفكر فى المسألة حتى يكون له رأيا فيها ، أو سكت خوفا أو تملقا للقائل وما الى ذلك ، كان هذا اجماعا أيضا . والاول يسمى اجماعا قوليا أو صريحا ، والثانى يسمى اجماعا سكوتيا ، وهو دون الاول فى القوة لما فيه من الاحتمال

(ثانيهما) أن تحدث حادثة فى عصر من العصور فيفتى فيها فقيه

مجتهد بفتوى أو بحكم فيها قاض مجتهد بحكم ثم يفتى مجتهد آخر فى تلك الحادثة أو فى مثلها بمثل الفتوى الأولى ، أو يقضى بمثل القضاء، ويصنع ذلك مجتهد ثالث ورابع وهكذا حتى يتفق على الرأى فيها جميع مجتهدى ذلك العصر ، ولو لم يجتمعوا ولم يتذاكروا فى المسألة . وهذا أيضا إجماع قولى ، فإن كان بعض مجتهدى العصر قد أبدى رأيه وبلغ باقى المجتهدين فسكتوا ودلت القرائن على أنهم سكتوا موافقين كان هذا اجماعا سكوتيا .

وقد يكون الاجماع عمليا كالاجماع على التعامل بالاستصناع وما تقتضيه العادات والعرف على ماييناه فيما سلف . أنظر صفحة ٤٠و٤١.

أهمية الاجماع وحجيته

النصوص ـ كما أسلفنا ـ فى جملتها تحتمل التأويل والتخصيص والتقييد ، والنسخ ، فاذا كانت هى المرجع وحدها كثر الخلاف بين الأئمة المجتهدين الذين يستنبطون الأحكام منها لاختلاف الافهام والمدارك ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى بعض النصوص مختلف فى ثبوته وهذا فى السنة فقط فقد تجد حديثا يقول بصحته بعض الأئمة المجتهدين أو من ينتصر لمذهبه ، ويقول فريق آخر بأنه غير ثابت أو سنده ضعيف ، وهذا كثير جدا وهو طريق ثان للخلاف . فاذا وجد الاجماع على المراد من النص ، أو على صحة الحديث اتقينا بذلك متاعب الخلاف وصرنا فى مأمن من تفرق الأحكام بتفرق الأنظار ، وضاقت مسافة الخلف . بهذا يكون للاجماع لاجرم أهمية عظيمة جدا وفائدة كبرى .

وجملة القول فى حجية الاجماع أن الأكثرين من علماء الأصول ذهبوا إلى أن الاجماع حجة قطعية وأنه مقدم على الأدلة كلها حتى على النص بالمعنى الذى أسلفنا إذ الاجماع لا يحتمل تأويلا أصلا . وذهب جماعة من الأصوليين إلى أن الاجماع حجة ظنية فلا يفيد القطع بالحكم وذهب فريق ثالث منهم إلى التفصيل فقال ان ما اتفق عليه المعتبرون من الأئمة يكون حجة قطعية ، وما اختلفوا فيه كالاجماع السكوتى ، وما ندر مخالفه يكون حجة ظنية .

اتفاق أكثر المجتهدين

وقد اختلفوا فيما إذا اتفق أكثر المجتهدين على الحكم فى مسألة شرعية اجتهادية وخالفهم قليل منهم فى الحكم الذى قال به الأكثر فقيل انه يعتبر اتفاق الاكثر مع قيام مخالفة الأقل، ويعتبر اتفاقهم اجماعا مفيدا للظن القوى فقط . وقيل انه يعتبر حجة شرعية فقط لقوته ، ولا يعتبر اجماعا لأنه دون الاجماع فى القوة . وقد يكون الحق مع المخالف ولو واحدا .

وأقول انك لو استقريت المسائل الاجتهادية التى حكوا فيها الاجماع فلا تعدم أن تجد فى كل مسألة منها مخالفا إلا ما ندر جدا وقد استقريت ما لا يحصى منها فتبين لى ما أنبأتك عنه هنا فلا يغرنك كثير مما تجده فى كتب مقلدة الفقهاء المتعصبين لمذاهب أئمتهم من قولهم ان هذه المسألة ثابت حكمها بالاجماع ، فقد يكون ما زعموه لا حظ له من الاجماع . وما بنيت عليه المسألة أوهى من بيت العنكبوت وكذلك دعواهم فى كثير من المواضع شهرة الحديث ليرتفعوا به إلى

درجة القطع أو ما يقرب منها لالزام خصومهم الحجة والحال أن الحديث الذى زعموه مشهورا لا أصل له أو له أصل واه وقد شاهدت من ذلك ما لا يحصى ولله الأمر

استطراد

علمنا مما تقدم أن الاجماع حجة عند علماء الشريعة وأصل من أصول التشريع عندهم . فهل الاجماع كذلك عند علماء القوانين الوضعية؟ أقول جوابا عن هذا اننا قدمنا فى أول كلامنا فى الاجماع أنه لا يكون إلا بعد عصر الرسالة أى وفاة الرسول المبلغ شرع الله الينا وأما فى عصره فلا اجماع إذ هو وحده ﷺ المرجع فى كل الاحكام الشرعية ولا عبرة بمن سواه . وإذا تقرر هذا علم الجواب بانه لا يتصور الاجماع على مسألة قانونية بحيث يعتبر هذا الاجماع أصلا من أصول التشريع الوضعى مع وجود الهيئة التى بيدها التشريع فهى المرجع فى وضع القوانين ، وأما تأويل النصوص القانونية ولو اتفقت عليه المحاكم فى عصر واحد أو أقرته الدوائر المجتمعة أو قضت به محكمة النقض والابرام فلا ينتهض شىء من ذلك حجة تجعل شيئا من ذلك فى قوة القانون بل لا بد من الرجوع إلى من بيدهم التشريع ليضعوا النص القانونى الملزم على ماهو مرسوم لوضع الشرائع عندهم . ويكفيك شاهدا على ذلك اضطراب المحاكم حتى الآن فى بيان المراد بكلمة « أصل الوقف » وفى عدم سماع دعوى الوقف بناء على ماقرره علماء الشريعة . فقد رأينا الدوائر المجتمعة قد قررت فى ذلك قرارا فاذا بقاض بعد ذلك ببرهة يسيرة قد خالفهم فيما قرروه ، وثم أمثلة أخرى .

مستند الاجماع

ذهب جمهور علماء الاصول الى أن الاجماع ليس أصلا مستقلا بنفسه بل لابد له من مستند من الكتاب أو السنة سواء علمنا ذلك المستند أم لا إذ يكفى أن يكون الاجماع قد وصل الينا بطريق النقل الصحيح . وإنما قالوا ذلك لأن الأجماع لو كان أصلا مستقلا لاقتضى إثبات شرع زائد بعد النبي ﷺ ، وذلك غير جائز . وسيأتى جوابى عن هذا بعد حكاية القول الثانى . وذهب جماعة منهم إلى أن مستند الاجماع كما يكون نصا يجوز أيضا أن يكون قياسا أو اجتهادا يجمعون على الحكم فيه .

أقول – إذا كان من الجائز عند جمهور الاصوليين والفقهاء ثبوت أحكام شرعية بالقياس أو الاجتهاد الفردى ، ويكون ما انتجه القياس، وما أدى اليه الاجتهاد شرعا فى حق المجتهد وفى حق من يقلده ممن يثقون به من الناس – أفلا يجوز أيضا أن ينعقد الاجماع على ما أدى المجتهد اليه إجتهاده من قياس أو استحسان ويكون حجة أقوى من حجة إجتهاد الفرد. وبهذا يتبين أن الرأى الثانى هو الذى يجب التعويل عليه

هل ينسخ النص اجماعا ، وهل ينسخ الاجماع نصا

أما الأول فجوابه النفى . وذلك لأن الاجماع لايوجد الا بعد انتهاء عصر التشريع كما أسلفنا فلا يتصور نسخ السابق للاحق ؛ وإذا قلنا قد يأتى الاجماع مخالفا للنص فهذا أيضا محال وقوعه مادام النص قطعيا أما إذا كان قابلا لتأويل أو تخصيص أو تقييد فان الاجماع يبين الوجه المراد من وجوه التأويلات أو يبين أن النص فى الواقع مخصص أو مقيد

مستندا الاجماع فى ذلك الى نص آخر ولا حاجة بنا الى أن نعرفه بعد ثبوت الاجماع عندنا . وبهذا لايتصور نسخ نص لاجماع ولاتعارض بين نص قطعى محكم وإجماع إذ القطعيات لاتتعارض ؛ ولا وجود لذلك أصلا فى الشرع الاسلامى .

وأما الثانى : فقد زعم بعض الناس أن الاجماع ينسخ النص واستدل على ذلك باجماع الصحابة على اسقاط سهم المؤلفة قلوبهم فى عهد أبى بكر رضى الله عنه مع نص القرآن على أن لهم سهما فى مال الصدقة ويرد على هذا بانه لا إجماع فى المسألة . وسيأتى شرح هذا الموضوع فى المصالح المرسلة واستدل أيضا بأن ابن عباس قال لعثمان رضى الله عنهم كيف تحجب الام من الثلث الى السدس بالأخوين مع قوله تعالى « فان كان له أخوة فلأمه السدس » فقال له عثمان حجبها قومك . فقيل ان هذا اجماع منهم على خلاف الدليل القاطع . ويجاب عن هذا بان أهل اللغة اختلفوا فى أقل ما يطلق عليه الجمع المنكر أهو اثنان أم ثلاثة وبذلك يكون اجماعهم انما هو على أحد التأويلين ، وهذا جائز ، اذ ليس هو رفعا لحكم النص القطعى . وبذا ثبت أن الاجماع لاينسخ النص بمعنى أنه لايرفع حكمه

نسخ الاجماع بالاجماع

ذهب الجمهور الى عدم جواز نسخ الاجماع بالاجماع . وخالفهم فى ذلك بعض علماء الاصول . وهاك جملة القول فى ذلك قال الجمهور ان الاجماع الاول لو كان قطعيا وفرضنا أن الثانى قطعى أيضا كان هذا محالا ، اذ الامة أجمعت على الأول ـ ولا تجتمع الأمة على ضلالة

فذا يحكم على الاجماع الثانى بأنه خطأ لمجيئه مخالفا للدليل القاطع، وخطأ الاجماع القطعى محال وعلى هذا لا يتصور وجود اجماع قطعى لاحق ينسخ اجماعا قطعيا سابقا

وأجيب عن هذا بأنه قد يرد نص قطعى ثم يجىء بعده نص قطعى آخر فينسخه ، وفى هذه الحالة لا يقال ان النص المتأخر خطأ. فكذلك شأن الاجماع الثانى مع الاجماع الأول .

واستدل بعض علماء الأصول للجمهور بدليل آخر فقال انه لا مدخل للآراء فى معرفة انتهاء الحكم فى علم الله تعالى ؛ بل إنما يعلم ذلك بالوحى وقد انقطع .

وأجيب عن هذا بأن المجتهدين لا يجمعون بمحض الآراء ، وإنما يستندون فى إجماعهم إلى دليل عرفوه ، وبسببه كان الاجماع .

وما المانع من أن مستند الاجماع الأول كان قياسا علته وصف رآه الأولون مصلحة ؛ ثم تغيرت المصالح فى زمن ثان فقاس أهله باعتبار وصف آخر يقتضى غير حكم الاجماع الأول . وإذا يكون نسخ الاجماع بالاجماع جائزا على هذا الاعتبار ، وإن كان ذلك مخالفاً لما ذهب اليه الجمهور. فان حاجة زماننا تدعو إلى هذا فى الشؤون الدنيوية لتغير أحوال المجتمع تغيراً لم يخطر ببال الأولين منا ؛ والأحكام الدنيوية مبنية على رعاية الصالح والأصلح عملا بهدى الكتاب والسنة وعمل الخلفاء الراشدين والسلف الصالح من هذه الأمة ، ويكفى ألا نخالف

نصا قطعيا من النصوص الشرعية فى شئوننا الدنيوية

أمثلة للاجماع

هذه بعض أمثلة لما حكى فيه الاجماع ، بعضها لم يعلم فيه خلاف اصلا وبعضها خالف فيه بعض الفقهاء من لدن عهد الصحابة فما بعده

(١) عدم ميراث ابن الابن مع وجود الابن . وهذا اجماع لم يعلم فيه مخالف من الامة كلها [١]

(٢) الاجماع على أن المراد بالأخ والأخت فى آية الكلالة الاولى أولاد الأم فقط وفى آية الكلالة الثانية المراد بهما الاشقاء وأولاد الاب .

(٣) الاجماع على أن معنى الكلالة عدم الولد مطلقا وعدم الاصل المذكر الوارث وقد شذ بعضهم فاشترط عدم الام أيضا ، وشذ آخر فقصر الكلالة على عدم الولد فقط

(٤) الاجماع على أن الرقيق لايرث بناء على أنه لا يملك وفى هذا نظر وعلى أن القاتل لايرث .وفيه خلاف لبعضهم ، وعلى أن لا ارث مع اختلاف الدين ، وفيه استثناء لبعض الأئمة

---

(١) ومن أجل ذلك لما رؤى من باب الشفقة والمصلحة أن يعطى فى بعض الحالات ابن الابن شيئا من مال جده بعد وفاته ووجود من يحجبه من أبناء المتوفى لجأت اللجنة المشكلة لاختيار قانون شرعى من أقوال فقهاء الأمة للعمل به يكون مناسبا لحاجاتنا الى أن تأخذ بالمذهب القائل بوجوب الوصية للأقارب غير الوارثين ، ثم بالمذهب القائل بأن من مات وكان قد وجبت عليه وصية لأقاربه فلم يقم بما وجب عليه فان القاضى يقوم مقامه الخ فسلكت اللجنة هذه الطريقة لتوصل الى ابن الابن ماكان أبوه يستحقه لو كان حيا أو بعضه (راجع محاضر اللجنة) .

(٥) الوصية لغير الوارث بما لايزيد على الثلث ، وشذ بعضهم

(٦) صحة عقد الزواج بدون تسمية المهر ، والواجب اذا مهر المثل

(٧) تقديم الدين على الوصية فى الحقوق المتعلقة بالتركة

(٨) بطلان تصرفات غير المميز من صبي ومجنون ومعتوه

(٩) حرمة الجمع بين المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها فى الزواج

(١٠) يحرم من الرضاع مايحرم من النسب

(١١) تبعية الولد لأمه فى الرق والحرية ، ولأبيه فى النسب

(١٢) البينة على المدعى . واليمين على من أنكر ، وفيه تفصيلات وخلاف

(١٣) ثبوت الحق باقرار المدعى عليه

(١٤) بطلان تزوج المسلمة بغير المسلم

(١٥) بطلان تزوج المسلم بالمشركة

(١٦) ثبوت ولاية الاب على أولاده ، وكذا الجد الصحيح على أولاد ابنه فى النفس والمال .

(١٧) حكم الحاكم يرفع الخلاف فى المسائل الاجتهادية .

(١٨) كفالة الديون وحوالتها وسائر العقود التى اتفق عليها الفقهاء

(١٩) الوقف على الذرية والاقارب عند جميع القائلين بلزوم الوقف

(٢٠) عدم الجمع بين أكثر من أربع زوجات .

(٢١) تقديم الام على غيرها فى حق حضانة أولادها الصغار مالم يقم بها مانع .

(٢٢) جعل ميراث البنتين الثلثين ، وفيه خلاف غير ملتفت اليه.

(٢٣) تحريم شحم الخنزير قياسا على تحريم لحمه بدلالة النص

(٢٤) فرض الكفاية ينقلب فرض عين على من يتعين له كما فى القضاء والشهادة وغسل الميت وتكفينه والصلاة عليه ودفنه ودفع العدو عن البلاد واغاثة الملهوف وانقاذ الغريق لمن يستطيع ذلك

القياس

تمهيد لابد منه

(بعض الأحكام مأخوذ من النصوص مباشرة كتحريم تزوج الانسان بأمه وكون نصيب البنت من الميراث على النصف من نصيب الابن إذا ورثا معا ، وهكذا . وبعضها مأخوذ من النصوص بواسطة الاستنباط والاجتهاد كتحريم بعض أنواع الربا وتحريم مايضر بالجسم والعقل وكون الرهن مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين ، وأكثر أحكام الوقف وسائر المعاملات وغير ذلك مما امتلأت به الكتب الفقهية وكتب الفتاوى والأحكام القضائية مما لا يحصى كثرة . لكن الحوادث وإن كانت غير متناهية ، ونصوص الشرع متناهية فان حكم ما لا نص عليه مباشرة يؤخذ بطريق الاستنباط والاجتهاد على ما أسلفنا من معانى النصوص وأحكامها الشاملة، وإن فى عمومات الكتاب والسنة ومطلقاتهما وخصوص نصوصهما ما يكفى للقيام بذلك ، وأعلى أنواع الاستنباط والاجتهاد هو القياس لانضباط قواعده إذا كان قياسا منصوصا على علته أو مقطوعا فيه بنفى الفارق . وغير ذلك محل نظر وتردد وسالكه عرضة لأن تزل قدمه ، والاجتهاد يكون أيضا بالتمسك بالبراءة الأصلية . وبأصالة الاباحة فى التمتع والانتفاع بما فى الأرض جميعا وبالتمسك بالمصالح فى الشؤون الدنيوية ، وكذا بالتمسك بالاحتياط وسد الذرائع ، وبالجملة فطرق الاجتهاد كثيرة ، وعمومات

النصوص وخصوصاتها تأذن بما هو صالح يجلب منفعة أو يدفع مفسدة بشرط ألا يخرج عن محيط النصوص. وهذا أمر عظيم جدا يعوزه الفهم الصحيح للنصوص واخلاص العمل لله ، وتوفيق الله وهدايته

تعريف القياس

معنى القياس فى اللغة تقدير شيء على مثال شيء آخر وتسويته به. وفعله قاس يقيس .

ومعناه فى الاصطلاح الشرعي الحاق فرع بأصل فى الحكم لمساواته له فى علة حكمه كالحاق النبيذ — وسائر المشروبات الروحية — بالخمر فى الحرمة لمساواة النبيذ وأضرابه للخمر فى الاسكار

ويشترط لكل قياس وجود أربعة أشياء

(١) المقيس عليه ، ويسمى الأصل ، وهو فى المثال السابق الخمر
(٢) المقيس ، ويسمى الفرع ، وهو « « « النبيذ
(٣) الوصف الجامع بين الاصل والفرع ، ويسمى العلة « « الاسكار
(٤) الحكم الشرعي المنقول من الاصل الى الفرع « « الحرمة

وليس كل أصل يصلح للقياس عليه . بل لابد لذلك من شروط .

(الأول) أن لايكون الأصل مخالفا للقواعد الكلية الأصلية كتحريم التزوج بزوجات النبي ﷺ بعد وفاته فلا يقاس عليهن غيرهن من نساء العالمين ، إذ هذه خصوصية له ﷺ ، وقد اتفقت كلمة الأمة على ذلك وجاءت به النصوص القاطعة . ومثل ذلك سائر الخصوصيات التي وردت بها النصوص فلا يقاس على شيء منها لكونها مستثناة من القواعد الاصلية ، ولم يرد نص ناسخ لتلك القواعد فهي باقية على ما كانت عليه بعد ما أخرجه الاستثناء .

أما إذا كان المستثنى من قاعدة عامة له علة يمكن العقل أن يستقل بادراكها فهذا لا مانع من أن يقاس عليه مثال ذلك أن الله حرم ربا الفضل على لسان رسوله ﷺ، ثم استثنى منه العرايا (١) وذلك لحاجة الناس، فيقاس العنب على الرطب لاتحادهما فى العلة.

(الثانى) أن لايكون الأصل منسوخ الحكم وهو ظاهر.

(الثالث) أن يكون الأصل معقول المعنى أى يدرك العقل وجه المناسبة بين الأصل وحكمه. ولهذا لايقاس على الحدود لأنها تشتمل على تقديرات لايستقل العقل بادراك حكمتها كجعل حد القاذف ثمانين جلدة، والزانى مائة جلدة، إذ يجوز فى نظر العقل أن يكون العدد أكثر أو أقل على حسب الظروف، ويجوز عنده أيضا أن تكون العقوبة بغير الضرب. كذلك الدية المقابلة للدم المهدور خطأ، وكونها على العاقلة وأشباه ذلك مما يعلم حكمه من نص الشرع خاصة ولايهتدى العقل فيه إلى وجه المناسبة بين الفعل وحكمه

وفى القياس بحوث كثيرة لاحاجة إلى إيرادها هنا ولا إلى إيراد كل مسائله، بل لهذا موضع فى غير هذا المختصر.

أمثلة للقياس

(١) قياس الجمع بين المرأة وابنة أخيها، أو ابنة أختها فى الزواج على الجمع بين الاختين فى التحريم؛ والعلة قطيعة الرحم

(٢) قياس الجد الصحيح على الاب فى الميراث لكون كل منهما أصلا عاصبا للمتوفى فيقوم الثانى مقام الاول بعد موته

(٣) قياس قاتل الموصى على قاتل المورث فى الحرمان من التركة

---

(١) العرايا: جمع عرية وهى النخلة، رخص النبى ﷺ فى بيع ماعليها من الرطب للمحتاجين بمثل مقداره من التمر حدسا وتخمينا.

لان كلا تعجل بالشيء قبل أوانه ، ولانه لايجوز أن يستفيد الجاني من جنايته شرعا

(٤) قياس التركة اذا ضاقت عن الوفاء بجميع انصباء الورثة على مال المدين اذا ضـــاق عن الوفاء بجميع الديون في التقسيم بالحصص (العول) بجامع الضيق في كل عن الوفاء

(٥) قياس الزوجية في منع الرجوع في الهبة على القرابة المحرمية لتشابه العلاقتين في استحقاق الصلة والبر والاحسان والاستحقاق في الميراث

(٦) قياس الوقف على العتق في نظر ابي يوسف ؛ وعلى الهبة في نظر محمد ، وعلى العارية في نظر ابي حنيفة وتفريع الاحكام على ذلك

(٧) قياس ذوي الارحام على العصبات في استحقاق الارث بالترتيب لوجود الجهات في كل منهما وملاحظة القرب والبعد

(٨) قياس بيع ماوجد من الثمار وما سيوجد جملة واحدة على السلم في الصحة والجواز بجامع الحاجة في كل

(٩) قياس الغصب وخيانة الامانة بين الاصول والفروع والزوجين على السرقة في عدم العقاب لوجود علاقة القرابة والزوجية في كل ، ولان في الجميع اعتداء على مال الغير واتلافه (قانون العقوبات)

(١٠) قيـــاس بصمة الاصبع والختم على الامضاء (التوقيع) ، في الاثبات بطريق اتحاد الدلالة في كل وان كان ذلك في البصمة أقوى ثم في التوقيع ، ويليه الختم وهو أضعف الجميع كما لايخفى (القانون المدني)

وفي هذا القدر من الامثله كفاية

تتمة للقياس

(١) نذكر هنا مسألتين متممتين لما تقدم .

(المسألة الأولى) :

ماشرعه الله لعباده إنما شرعه لهم لمصلحة تعود عليهم بجلب ما مافيه خير لهم ودفع ما فيه شر عنهم ، وهذه هى الحكمة الباعثة على تشريع الأحكام . وأما هو سبحانه وتعالى فهو غنى عن العالمين ومتعال بكمالاته المطلقة عن أن يناله نفع أو ضرر .

غير أن الحكمة الباعثة على التشريع قد تكون خفية ، وقد تكون غير منضبطة . لذلك أديرت الأحكام على الأوصاف الظاهرة المنضبطة التى يظن وجود الحكمة معها وسميت تلك الأوصاف بالعلل الشرعية ، أى معرفات الحكم الشرعى . فالعلة هى الوصف الظاهر المنضبط الذى يظن وجود الحكمة الباعثة على التشريع معه غالبا . وقد تتخلف الحكمة فى بعض الجزئيات ، وقد توجد مع غير هذا الوصف ، لكن دوران الحكم مع علته أى مع الوصف الظاهر المنضبط أضبط للأحكام وأبعد عن الاضطراب والخلل فيها وإن كان يضحى فى سبيل ذلك ببعض الجزئيات التى تتخلف فيها الحكمة — من دورانه مع الحكمة لما يترتب على ذلك من عدم الانضباط وتحكيم الأهواء ، والتردد والحيرة بل التوقف فى بعض الحالات ولذلك كانت القاعدة هى أن مناط الاحكام المظان الكلية وهذا خير الطريقين أو أقلها ضررا .

وهاك بعض أمثلة لذلك

(١) الحكمة الباعثة على الترخيص فى الافطار فى رمضان هى المشقة التى يقع فيها الصائم لو صام ، والمشقة غير منضبطة ولذا أقيم مقامها السفر والمرض لأنها توجد معهما غالبا . وعلى هذا إذا ادعى مقيم صحيح وجود مشقة فى صومه فلا يقبل ذلك منه لأن هذا الباب لو فتح لانسد باب الصوم بالكلية إذ لا يعدم أحد أن يدعي المشقة من الصوم ولو وهما

(٢) الحكمة الباعثة على اعطاء اليتيم ماله هى رشده لأنه متى رشد صار قادرا على حفظ ماله واستثماره والانتفاع به بنفسه لكن الرشد وصف غير منضبط فأقيم البلوغ مقام الرشد لبناء الحكم عليه . وقد يسبق الرشد البلوغ فى بعض الأفراد لكن لا يلتفت الى هذا لاجل ضبط الاحكام .

(٣) الحكمة الباعثة على شرعية الشفعة هى دفع الضرر الناشىء من الشركة أو الجوار لكن قد يكون المشترى الجديد خيرا للشركاء والجيران وسائر أهل المحلة من البائع ، وقد تتخلف الحكمة فى بعض الصور (راجع صفحة ٣٤) من أجل ذلك أدير الحكم على الوصف الظاهر المنضبط وهو نفس الشركة والجوار لأجل ضبط الأحكام . وكذلك نيط حكم العقود بالايجاب والقبول فى كل منها وفى سائر التصرفات من اسقاطات وغيرها بالألفاظ الدالة عليها متى استوفت شروطها وأركانها وقد تتخلف الحكمة الباعثة فى بعضها . وبعد فليس فى الأمكان أبدع مما كان مادام الانسان هو هذا الانسان

(المسألة الثانية)

مقاصد الشارع من وضع الشريعة تنحصر في ثلاثة أقسام على الترتيب الآتى :

القسم الأول ـ المقاصد الضرورية وهى حفظ النفس والمال والنسل والعقل والدين . وحفظها يكون بما يقيم أركانها ويضمن بقاءها، وبما يخلصها من الخلل الواقع بها ويدرأ عنها الخلل المتوقع فى المستقبل . ولذا شرع الله تعالى القصاص لحفظ النفس ، والضمان وحد السرقة والتعزير لحفظ المال ، وحرم الزنا وأوجب العقوبة عليه لحفظ النسل، وحرم المسكرات وأوجب الحد على متعاطيها لحفظ العقول ، وشرع الجهاد لحفظ الدين

وزاد بعض العلماء سادسا على الخمسة المذكورة آنفا وهو حفظ العرض فان عادة العقلاء بذل نفوسهم وأموالهم دون أعراضهم ، وما فدى بالضروري فهو بالضرورة أولى

والقسم الثانى ـ المقاصد الحاجية وهو ما يقع فى محل الحاجة التى هى فوق الضرورة كالاجارة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والسلم وإباحة الصيد والتمتع بالطيبات . فالحاجيات هى ما أريد للتوسعة ورفع التضييق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة .

القسم الثالث ـ المقاصد الكمالية أو التحسينية ويندرج تحتها محاسن العادات وكل ما هو فوق الحاجيات .

ويمكن أن تتصور هذه المراتب الثلاث فى المساكن ابتداء من كهوف الجبال إلى أفخم القصور ، وفى الملابس من ستر الجسم بأوراق

الأشجار الى أغلى الملابس من الحرير وأضرابه وفى المآكل والمشارب والمفروشات الخ.

وقد استوفى الشاطبي رحمه الله فى الموافقات كل ما يتعلق بهذا الموضوع بما لا يقبل المزيد . وبهذا وضع نظام للشريعة من أبدع وأنفس وأنفع ما يكون .

بعض أدلة أخرى

زيادة على ما تقدم من الكتاب والسنة والاجماع والقياس

الاستحسان

يطلق الاستحسان عند فقهاء المذهب الحنفى بالاشتراك على معنيين (أولهما) قياس خفيت علته لدقتها وبعدها فى مقابلة قياس آخر ظهرت علته لتبادرها إلى الذهن أولا (ثانيهما) النصوص التى جاءت على خلاف القياس [1] بطريق الاستثناء من القواعد الأصلية .

(مثال الأول) سؤر [2] سباع الطير كالنسر والعقاب حكمه حكم سؤر سباع البهائم كالأسد والنمر لأن لعاب كل من النوعين متولد من لحم نجس ، واللعاب يتصل بالماء بواسطة الشرب منه فينجسه . وهذا هو القياس لكن سباع البهائم تشرب بشفاهها فيتصل لعابها بالماء حتما فينجسه ، وسباع الطير تشرب بمناقيرها وهى جافة فلا يتصل لعابها بالماء فلا ينجس الماء من شربها منه . فيقاس سؤر سباع الطير .

---

(١) هنا بحث عظيم لكن المقام لا يتسع له ولا يتحمله

(٢) السؤر هو بقية الماء من الشرب . ومنه لفظ سائر أى الباقى ومن الناس من يظن أن معناه معنى كل وهذا غلط

على سؤر الانسان لأن لحم كل منهما لا يؤكل واللعاب متولد منه . فكما أن سؤر الآدمى غير نجس فكذلك سؤر سباع الطير وهذا هو الاستحسان . ولكن يكره التوضؤ من سؤر سباع الطير كراهة تنزيهية لمخالطتها النجاسات فوجب الاحتياط . وسؤر الهرة كسؤر سباع الطير لمخالطتها للناس فى بيوتهم وفى الحكم بنجاسة سؤرها حرج عظيم ، والحرج مدفوع شرعا .

(ومثال الثانى) الوصية فهى فى القياس باطلة لأنها تبرع بالمال بعد زوال ملك المتبرع عنه . وانما جازت استحسانا لورود النص بجوازها والحث عليها لحكمتها المبينة فى محلها . وكذلك الاجارة قالوا انها باطلة قياسا لانها بيع المعدوم ولكنها جازت استحسانا لورود النص بها ، لحاجة الناس اليها .

وهذ النوع كثير جدا فى كتب المذهب الحنفى . وأما ما نقل عن الشافعى رضى الله عنه من أنه قال ـ من استحسن فقد شرع ـ فمراده بذلك ما يستحسنه الانسان ويشتهيه من غير دليل بل بمجرد الهوى ؛ ولا شك أن هذا استحسان باطل لا يقول به عاقل .

ومن راجع الكتب الفقهية للمذاهب الأربعة وغيرها وجدها ملأى بأحكام مبناها الاستحسان الذى مرجعه الأصول المعتبرة حتى للمصلحة المرسلة .

الاستصحاب

إذا كان شئ ثابتا فيما مضى فاعتبرته باقيا وموجودا إلى الآن فهذا هو الاستصحاب . وهو أنواع .

(الأول) مادل العقل والشرع على ثبوته ودوامه كالملك عند جريان القول المقتضى له من إيجاب وقبول كما فى البيع فيعتبر باقيا حتى يقوم الدليل على زواله أو انتقاله .

وكشغل ذمة المدين بسبب استدانته حتى يقيم الدليل على الوفاء وكدوام الحل بين الزوجين بعد عقد الزواج حتى يقوم دليل الفرقة من طلاق أو فسخ أو موت . والاستصحاب حجة للدفع فمن كانت فى يده دار ملكها بسبب سابق من أسباب الملك فادعى ملكيتها شخص آخر فلا يكلف واضع اليد باقامة البينة على أن الدار ملكه ، بل الذى يكلف البينة هو ذلك المدعى . ومن أوصى لك بوصية ثم مات فطالبت من تحت يده التركة بما أوصى لك به فقال لك أقم الدليل على أنه مات مصرا على وصيته تقول له أنت أقم الدليل على أنه رجع عن وصيته وأما أنا فتمسك بثبوت إيجاب الموصى وأنت توافقني على ذلك ، وأنا متمسك بالاستصحاب بعد ذلك حتى موته فمن ادعى رجوعه فعليه الدليل .

وعلى هذا جاءت المادتان (١٨٠ و ١٨١) من اللائحة الشرعية

والثانى استصحاب العدم الأصلى المعلوم بدليل العقل فى الأحكام الشرعية كبراءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعى عليه

وهنا مسألة مهمة جدا وهى أن جميع المسلمين المقيمين فى دار الاسلام مكلفون بجميع أحكام الشرع ولا يعذر أحد منهم بالجهل بها الا اذا كان آتيا من الخارج ولم يستقر المدة الكافية لمعرفته بأحكام الاسلام .

وهانحن أولاء نرى فى القوانين الوضعية واللوائح المختلفة وما إلى ذلك مما لا يحصى كثرة أنه لا يعذر أحد أمام القضاء بالجهل بشىء منه

وهذا أمر لا بد منه حتما وإلا اختل النظام اختلالا لا يرجى معه الصلاح وللاستصحاب أنواع أخرى لا داعى إلى إيرادها هنا .

ومن القواعد المشهورة «أن الاستصحاب حجة للدفع لا للاثبات» وعليه بنيت أحكام المفقود .

المصالح المرسلة

المصالح جمع مصلحة ، وهى المحافظة على مقصود الشارع من جلب المنافع ودرء المفاسد عن الخلق . والمراد بالمرسلة مالا ترجع الى نص معين من نصوص الشرع ، ولم يرد فيها ما يشهد لها بالاعتبار ولا بالالغاء . وجملة القول فى ذلك أن ما شهد له الشرع بالأعتبار من الاوصاف المناسبة للاحكام مقبول بالاتفاق ، وما شهد له الشرع بالالغاء غير مقبول اتفاقا كفتوى يحيى بن يحيى المذكورة فى صفحة (٣٦) ومالا يشهد له الشرع لا بالاعتبار ولا بالالغاء موضع اختلاف بين الفقهاء . فمنع الجمهور العمل به . ويظهر أن السبب فى ذلك هو الخوف من الحكام الظالمين أن يتمادوا فى الاحتجاج بالأخذ بها تبريرا لسياستهم الظالمة المخالفة لروح الشريعة العادلة ومقاصدها النبيلة ، والا فكتب الجمهور مملوءة بمسائل كثيرة بنى الحكم فيها على مجرد المصلحة فى ذاتها وذهب فريق من الفقهاء الى الأخذ بها واشتهر ذلك عن الامام مالك ثم عن الامام احمد ولعل الراجح هو الأخذ بها فى الشؤون الدنيوية فى مسائل المعاملات وسائر الارتباطات القانونية والمسائل القضائية والسياسية والحربية وكل ماله صلة بنظام الدولة وتنظيم المعاملات بين بعض الافراد وبعض وبينهم وبين الدولة ، وبين الدولة وغيرها من سائر الدول الأخرى

مادامت تلك المصالح لا تتصادم مع النصوص القطعية العامة وما دام الاخذ بها بمعزل عن ظلم عباد الله بل هذا هو الصواب ان شاء الله

وهاك بعض أمثلة مما بني على المصالح المرسلة من لدن عهد الخلفاء الراشدين فمن بعدهم من ائمة العدل وحماة الدين والشرع رضى الله عنهم أجمعين

(١) جمع الصحف المتفرقة المكتوب فيها القرآن الكريم فى عهد أبى بكر رضى الله عنه فى مصحف واحد ثم كتابة المصاحف وتفريقها على البلاد الاسلامية فى عهد عثمان رضى الله عنه . وسيأتى شرح ذلك فى تاريخ التشريع

(٢) قتال أبى بكر رضى الله عنه لمانعى الزكاة

(٣) منع المؤلفة قلوبهم من أخذ سهمهم من أموال الصدقات

(٤) قضاء عمر على محمد بن مسلمة : راجع صفحه (٣٩)

(٥) توريث زوجة الفارّ فى مرض الموت

(٦) تضمين الساعى عند السلطان بالوشاية

(٧) وضع عمر الخراج وتدوين الدواوين

(٨) تضمين الصناع ماتلف تحت ايديهم

(٩) جواز وضع الامام العادل ضرائب وإعانات مؤقتة عند الضرورة للاستكثار من الجنود لسد الثغور وحماية المملكة إذا لم يكن فى بيت المال مايكفى لذلك .

(١٠) العقاب على بعض الجرائم بأخذ المال على قول بعض الفقهاء

(١١) حبس المتهم ، أو ضربه على قول بعض الفقهاء . وفيه بحث

(١٢) قتل الجماعة بالواحد اذا تمالؤا على قتله كما فعل عمر رضى الله عنه .

(١٣) قتل الرجل بالمرأة على ماذهب اليه ابن رشد .

(١٤) حرمان من يتزوجها المريض مرض الموت اضراراً بورثته فى الميراث على ماذهب اليه بعض الفقهاء .

(١٥) عدم إقامة الحد على السارق عام المجاعة ـ نظرا الى روح الشريعة .

(١٦) اطلاق أبى محجن من السجن والعفو عنه جزاء بلائه فى الجهاد

(١٧) تغريب عمر رضى الله عنه لنصر بن حجاج بعد حلق شعره مخافة افتتان النساء به .

(١٨) أمر مولاى الحسن سلطان المغرب الاقصى بشأن قطاع الطريق من قبائل البربر .

(١٩) مارآه الشوكانى من قبول شهادة غير العدول إذا أعوز الأمر وخيف ضياع الاموال واهدار الدماء .

(٢٠) قبول شهادة النساء وحدهن فى الحوادث التى تقع فى الحمام

(٢١) قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما شجر بينهم فى مجتمعاتهم الخاصة التى ليس فيها رجال .

(٢٢) افتاء عمر بجعل الطلاق المقرون بلفظ الثلاث ثلاث طلقات تأديبا لمن يفعل ذلك وزجرا لغيره . وفى هذه المسألة كلام كثير وجدل سخيف ، وقد استقر الأمر عندنا الآن على ما كان عليه الأمر أولا

(٢٣) تأبيد الحرمة على من تزوج امرأة وهى فى عدتها ودخل بها

على مذهب مالك . والمسألة محل نظر .

(٢٤) اذا أغرى رجل امرأة متزوجة فافسدها على زوجها حتى وقعت الفرقة بينهما فانها تحرم حرمة مؤبدة على من أغراها ـ على مذهب مالك أيضا .

(٢٥) إذا كانت المرأة شريفة القدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن قبل ثدى غيرها لمصلحة المحافظة على جمالها . على قول مالك أيضا

هذا ـ ومن يتتبع الكتب الفقهية وكتب الفتاوى يجد من أمثلة ذلك مالا يحصى كثرة .

الاجتهاد

الاجتهاد هو بذل الفقيه وسعه فى نيل حكم شرعى عملى بطريق الاستنباط . ومعنى بذل الوسع أن يأتى بكل مايستطيعه للوصول الى معرفة الحكم الشرعى حتى يحس من نفسه العجز عن طلب الزيادة . ولابد أن يكون من بذل جهده لطلب الحكم الشرعى فقيها لأن غير الفقيه ليس فيه من المؤهلات ما يوصله الى المطلوب فلا يعتبر اجتهاده ولا يسمى مجتهدا فى الاصطلاح كما لو بذل شخص لم يتعلم صناعة الطب كل مافى وسعه لمعرفة مرض باطنى فى مريض خاص وعمل العلاج اللازم ـ على حسب الاصول الطبية ـ لهذا المرض . وانما قيد الحكم الشرعى بكونه عمليا لأن موضوع الفقه هو الاحكام العملية دون الاعتقادية ، اذ تلك لهـــا علم آخر وهو المسمى بعلم الكلام ، وهو خارج عن موضوعنا هنا .

ولا يحصل الفقيه باجتهاده على الحكم الشرعى الا بطريق الظن

الراجح فى نظره ، وقد يصيب بذلك الواقع فى علم الله وقد يخطئه . ولا يكلف الله نفسا الا وسعها . ومن هنا تعرف أن الاجتهاد لا يكون فى النصوص القطعية الثبوت والدلالة لانها لا تحتاج فى فهم المراد منها ولا فى ثبوتها عن الشارع الى بذل جهد خاص ، ولا يتصور الخلاف فيها وانما يكون الاجتهاد فى فهم النصوص القابلة للتأويل ، وفى كون النص ثابتا بطريق صحيح أو غير ثابت أوفى رواته مقال ؛ وفى استنباط الاحكام واستخراجها من معانى النصوص وما الى ذلك

شروط المجتهد

واشترطوا فى المجتهد شروطا اذا توافرت فيه كان أهلا لاستنباط الاحكام الشرعية الاجتهادية للعمل بها فى خاصة نفسه ، وافتاء غيره بما أداه اليه اجتهاده ، والقضاء به اذا كان قاضيا . ولغيره ممن لم يستطع الاجتهاد أن يقلده فيما اجتهد فيه اذا كان موضع ثقة عنده . وهاك خلاصة ما اشترطوه من الشروط

(الشرط الاول) أن يكون عالما بالكتاب اى القرآن بأن يعرفه بمعانيه لغة وشريعة فيعرف معانى المفردات والمركبات وخواصها فى الافادة . ويكون ذلك اما بالسليقة بأن ينشأ نشأة عربية بين فصحاء العرب ويتذوق لغتهم ويكون كاحدهم ، واما بمعرفة اللغة والصرف والنحو والبيان والمعانى بطريق التعلم والممارسة ؛ ويعرف العام والخاص والمشترك والمجمل والمفسر وغير ذلك مما أسلفنا بيانه فى هذا المختصر ويعرف الناسخ والمنسوخ

ولا يشترط معرفته لكل ما جاء فى القرآن ولا أن يحفظ القرآن

عن ظهر قلب، بل يكفى أن يعرف الآيات التى وردت فيها الأحكام الشرعية وأن يكون عالما بمواقعها بحيث يكون متمكنا من الرجوع اليها عند طلب الحكم الشرعى منها .

(والشرط الثانى) أن يكون عالما بالسنة النبوية قدر ما يتعلق بالأحكام بأن يعرفها بمتنها وهو نفس الحديث وسندها وهو طريق وصولها الينا من تواتر أو شهرة أو آحاد، ومعرفة حال الرواة من الجرح والتعديل . ولكن هذا غير ميسور لنا الآن ولذا يكتفى بتعديل الأئمة الموثوق بهم كالبخارى ومسلم والامام أحمد وغيرهم من أئمة السنة العظام رضوان الله عليهم أجمعين . ويقال فى معرفة متن السنة مثل ما قيل فى معرفة آى الكتاب العزيز : مما أسلفنا بيانه آنفا

هذا وليعلم أنه بين أيدينا الان كنوز ثمينة من المصنفات القيمة فى التفسير وموسوعات السنة وشروح الحديث مما لم يكن ميسورا وجوده كله مجموعا عند سلفنا الصالح الذين كان يرحل أحدهم إلى البلاد النائية لطلب الحديث الواحد أو الحديثين . كذلك وضعت معاجم قيمة لغريب الكتاب ولغريب السنة ، وكتب جمعت آيات الأحكام ، وأخرى لاحاديث الاحكام مع تفسير وشرح بالاختصار تارة وبالتطويل أخرى . حتى انه ليستطيع أن يجلس أحدنا الان على مكتبه وأمامه من كل ما أسلفنا نسخ متعددة من كل نوع منها . وبالجملة فالاجتهاد ميسور الآن لتكامل عدته تكاملا أكثر مما كان عليه الحال من قبل لمن شمله الله تعالى بهدايته وتوفيقه فجعل عمله خالصا لله ومحضه للنفع العام

(الشرط الثالث) معرفة وجوه القياس وما يقبل منه ومالا يقبل

وفي كتب الأصول التي بين أيدينا ما فيه الكفاية لذلك

فاذا توافرت هذه الشروط في شخص وآتاه الله الفهم الصحيح لنصوص كتابه وسنة رسوله واعانه بتوفيقه كان أهلا لأن يستنبط الأحكام الشرعية باجتهاده . إذ الاجتهاد نتيجة طبيعية لمعرفة وفهم ما تقـــدم على ماقدمنا .

ومن هنا نرى أن القائلين بانقطاع الاجتهاد ليسوا على صواب مما قالوا ولا يتسع المقام هنا للاسترسال في الكلام في هذا الموضوع الدقيق وهنا مسألتان نختم بهما باب الاجتهاد .

(أولاهما) أن الاجتهاد قد يتجزأ في رأى بعض العلماء فقد يتفرغ فقيه لمعرفة أحكام باب من أبواب الفقه كالوقف ، أو المواريث ، أو مسائل الزواج والطلاق ويتقنه ويفتى كل من يسأله عن مسألة فيه لاحاطته بكل مسائله . ونظير هذا من يتفرغ لدراسة القانون المدنى ، أو الجنائى ، أو المرافعات (مثلا) فهذا مجتهد جزئى . ولكن الحق أن مثل هذا ليس مجتهدا بالمعنى الذى أسلفنا لأن من توافرت فيه الشروط المتقدمة تثبت له ملكة الاستنباط فى كل أبواب الشريعة ، وأبواب الفقه متعلق بعضها ببعض وإن كان يخال عدم الاتصال بين بعضها وبعض كالعبادات والبيوع (مثلا) بل العلوم كلها فى الحقيقة مرتبط بعضها ببعض . وعلى هذا فالذى يتقن مسائل الميراث ويجهل مسائل الكفالة والحوالة لا يقال له إنه مجتهد جزئى فى الميراث لأنه لو كان له ملكة الاجتهاد لأمكنه أن يستخرج بها أحكام مسائل الكفالة والحوالة ، فهو فى الحقيقة محصل لأحكام الميراث وعارف بأصوله وأدلته فقط ،

وليس هذا هو المراد بالاجتهاد . إذ الاجتهاد فى الحقيقة هو تلك الصفة الراسخة فى الانسان التى يستطيع بها فهم كل ما جاء عن الشارع واستنباط الحكم منه باجتهاده ؛ ومن البديهى أن هذا المعنى لا يتجزأ .

على أنه يكفى لثبوت كون الانسان مجتهدا أن يستطيع الرجوع إلى النصوص من الكتاب والسنة ويعرف مظان ما يريده ويقدر على البحث عنه واستنباط الحكم منه . ولم يشترط أحد أن يكون حافظا لشىء من ذلك عن ظهر قلب .

(ثانيهما) أن لله تعالى فى كل حادثة معينة حكما معينا قد نصب عليه الدليل، فمن أصابه من المجتهدين كان له أجران أحدهما على اجتهاده وثانيهما من فضل الله عليه ونعمته لكونه أصاب ما هو الحق عند الله . ومن أخطأه بعد أن بذل فى طلب الحق كل ما فى وسعه كان له أجر على حسب اجتهاده .

وكل مجتهد يلزمه أن يعمل بما اداه اليه اجتهاده لأنه هو الحق فى اعتقاده ، ولا ينبغى ان يخالف الانسان ما اعتقد . فان تغير اجتهاده فيما بعد بظهور أدلة أخرى له عمل بما اداه اليه اجتهاده أخيرا ، وهكذا

وقد قال بعض الاصوليين ان كل مجتهد مصيب . ويجب حمل كلام هؤلاء على أن المراد أن كل مجتهد لا يكلف إلا ما أداه اليه إجتهاده كما أسلفنا . أما حمله على أنه ليس لله حكم معين فى المسائل الاجتهادية بل حكمه هو ما يؤدى كل مجتهد اليه إجتهاده فهذا قول باطل مردود لان الاحكام الشرعية لا تناقض فيها وانما الخطأ ممن يفتى برأيه إجتهادا وقد صرحوا بذلك فى مواضع كثيرة « ان كان صوابا فهو من الله وان كان خطأ فهو منى »

التقليد

هو قبول قول الانسان غيره والعمل بما يقوله له من غير معرفة حجته . وهو جائز فى فروع الشريعة العملية كالصلاة وسائر العبادات ومسائل الحلال والحرام للعاجز عن الاجتهاد . ومن المعلوم أن العامى مكلف بالاحكام الشرعية كغيره ، وتكليفه بطلب الحكم الشرعى من أصوله من الكتاب والسنة قد يتعسر أو يتعذر على السواد الأعظم من الأمة إذ الناس مشغولون بطلب معايشهم من طرق شتى كالزراعة والصناعة والتجارة فلو كلفوا جميعا الاجتهاد لتعطلت مصالحهم واختل نظام الاجتماع بل أدى ذلك الى الخراب . نعم ان من نصوص الكتاب والسنة ماهو سهل التناول جدا لكنه لايكفي ، ولايقال ان خطابات التكليف عامة موجهة الى كل انسان لأنا نقول ان الناس قسمان منهم من يفهم الخطابات فهما تاما وافيا ، ومنهم من لايستطيع ذلك الا بطريق الاجمال فقط ، وهذا الفريق الثانى هم الاكثرون عددا من الامة فعليهم أن يسألوا العلماء وأن يستفتوهم فى أمور دينهم وشرعهم. وهذا هو مافى الإمكان كما يشهد بذلك العيان. وانى أرى أن ييسر لعامة الأمة معرفة الضرورى من أمور الدين والشرع من أقرب الطرق وأن توضع فى ذلك المصنفات السهلة جدا الخالية من ذكر الخلاف ومن الجـــدل الممقوت ، والمقتصر فيها على ماصح وثبت من أحكام الدين، والمتشبعة بالروح الطيبة التى تزكى النفس وتطهرها، وغير الموضوعة فى القوالب الميكانيكية . وأن تنشر هذه المصنفات ويحمل الوعاظ مافيها وينتشرون فى البلاد لتعليم الناس وارشادهم وهدايتهم واصلاح نفوسهم وتقويم

عقولهم وتطهيرهم من أدناس النقائص والرذائل وحملهم على مكارم الأخلاق وتقوى الله في السر والعلانية والاعتماد عليه في كل الأمور مع الأخذ بالاسباب العادية التي ربط الله بها مسبباتها وجعلها علامة عليها ومؤثرة فيها بقدرته سبحانه وتعالى .

وأما المعاملات المتعلقة بالشؤون الدنيوية على اختلاف أنواعها ومراتبها فهذه يتبع فيها ما استقر عليه الأمر من القواعد الأساسية لذلك مع الاحتفاظ كل الاحتفاظ بالنصوص القطعية . وتقوم اللجان العلمية والمجالس التشريعية ببناء الهيكل واختيار ما يصلح للزمان والمكان حتى يكون للناس شرع دنيوى حى خصب ثم مترعرع مأخوذ من نصوص الكتاب والسنة الصحيحة عامها وخاصها ومن هدى الرسول الأعظم وارشاداته وعمل الخلفاء الراشدين والسلف الصالح من الأئمة وبهذا يستقيم الحال ويحمد المآل.

واذ قد انتهينا من الكلام فى أدلة الشرع الأربعة الكتاب والسنة والاجماع والقياس والادلة الأخرى ، ومباحث النصوص والاجتهاد والتقليد ؛ وقد سبق أن تكلمنا على الحاكم والحكم فلنتكلم الآن على ما بقى وهو المحكوم به والمحكوم عليه فأقول مستعينا بالله وحده.

المحكوم به

هو الفعل الذى تعلق به خطاب الشارع . وهو قسمان: ماله وجود حسى فقط وما له وجود حسى ووجود شرعى معا وكل منهما اما أن يكون سببا لحكم شرعى أولا .

والمراد بالوجود الحسى أن يكون الفعل مدركا بالحس كالقتل

أو بالعقل كتصديق القلب والنية . والمراد بالوجود الشرعى أن يعتبر الشارع الموجود الحسى أركانا وشروطا يحصل من اجتماعها مجموع مسمى باسم خاص يوجد بوجود تلك الاركان والشروط فى نظر الشارع وينتفى بانتفائها كالصلاة والبيع ، فالصلاة بغير وضوء والبيع الصادر من غير أهله وان كان لكل منهما وجود حسى - ليس لواحد منهما وجود شرعى

والحكم الشرعي يتعلق بكل اولئك . ويتولد مما تقدم اربعة أقسام

(الاول) أن يكون للفعل وجود حسى وهو سبب لحكم شرعى كالزنا فانه حرام ، وسبب لحكم شرعى هو وجوب الحد

(الثانى) ماله وجود حسى فقط لكنه ليس سببا لحكم شرعى كالأكل فانه تارة مباح وتارة واجب وأخرى حرام لكنه لا يستوجب عقوبة فى الدنيا، ومثله الكذب

(الثالث) ماله وجود شرعى وهو سبب لحكم شرعى كالبيع المستوفى لاركانه وشرائطه فهو مباح وسبب للملك

(الرابع) ماله وجود شرعى وليس سببا لحكم شرعى كالصلاة فانها واجبة وبها تفرغ الذمة من المطلوب ولكنها لا تجر الى حكم دنيوى

تقسيم آخر للمحكوم به

وينقسم المحكوم به من جهة أخرى الى حق خالص لله تعالى ، والى حق خالص للعبد والى حق مشترك وحق الله فيه غالب والى حق مشترك وحق العبد فيه غالب فالاول كالحدود . وسمى حقالله لانه

يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد فينسب الى الله لعظم خطره وشمول نفعه . ونظيره فى الاصطلاح القانونى « النظام العام » والثانى كضمان المتلفات بالمثل أو بالقيمة فذلك حق خالص لصاحب المال ان شاء طالب به وان شاء عفا عنه . والثالث كحد القذف وعدة الزوجة بعد الفرقة فحق الله فى هذا غالب فلا يجوز للزوج المفارق التنازل عن العدة واسقاطها ولذلك وجبت فى النكاح الفاسد بعد الدخول وفى الوطء بشبهة لعدم اختلاط الانساب . واما حد القذف ففيه مصلحة للمقذوف وهى دفع العار عنه ، ومصلحة عامة وهى منع الفساد الآتى بسببه وهذا عام لا يختص بانسان دون انسان . والرابع كالقصاص ففيه حق الله تعالى بمنع الفساد من الارض ، حق للمعتدى عليه لاهدار دمه واتلاف حياته ويقوم مقامه فى طلب القصاص وليه بعد موته ، وللولى أن يعفو عن القصاص أو يصالح القاتل ، وذلك بخلاف القذف فلا تجوز فيه المصالحة ولا العفو عنه لغلبة حق الله (١) . وليعلم انه اذا عفا ولى الدم أو صالح فلولى الأمر ان يعزر القاتل اذا كانت المصلحة فى ذلك . وفى مذهب مالك ما يشهد لهذا بل فى أصول الشريعة وقواعد التعزير . وعلى هذا الاساس بنى النص فى قانون الجزاء فى المملكة العثمانية . وليراجع شرح الاستاذ سليم باز لقانون المحاكمات الجزائية فقد وفى هذه المسألة حقها من الشرح والبيان المفصل

---

(١) ونظير ذلك التعزيرات الواجبة لحق المعتدى عليه فاذا عفا عن حقه بقى حق السلطة أى الحق العام (انظر ما كتبناه فى التعزيرات تحت عنوان الاجزية فى كتابنا أحكام المرأة فى الشريعة الاسلامية)

وتتميما للفائدة اذكر هنا أقسام حقوق الله تعالى وهى ثمانية

(١) العبادات المحضة ورأسها الايمان وهو التصديق بالقلب ، والاقرار باللسان الدال عليه . وفروعه الصلاة والصوم وسائر العبادات والجهاد لاعلاء كلمة الله

(٢) عبادات فيها معنى المؤونة وهى صدقة الفطر وانما كان فيها معنى المؤونة لانها تجب على المكلف بسبب غيره كما تجب عليه بسبب نفسه (تنبيه) اختلف الفقهاء فى الزكاة أهى عبادة محضة كالصلاة والصوم والحج فلا تجب الا على البالغ العاقل أم هى حق واجب للفقراء على الاغنياء فتجب فى مال الصبي والمجنون ؟ فذهب الى الاول أبو حنيفه وأصحابه وذهب الى الثانى الجمهور

(٣) مؤونة على الخارج من الزروع والثمار وهى العشر أو نصف العشر على ماهو مبين فى موضعه من كتب الفروع ، وهذه تتكرر بتكرر الخارج وفى هذه المؤونة معنى العبـــادة لانها من قبيل الزكاة لتعلقها بالنماء ولذا تصرف مصارف الزكاة

(٤) مؤونة على نفس الارض الزراعية وهى الخراج ؛ وأول من وضعه عمر رضى الله عنه . وهو قسمان . خراج مقاسمة ،وخراج وظيفة فخراج المقاسمة يؤخذ من نفس المحصول ويتكرر بتكرره ، وخراج الوظيفة يؤخذ على نفس الارض المزروعة فى كل سنة . وتقديره اجتهادى موكول الى ولى الامر ومصرف الخراج مصالح الدولة

(٥) حق قائم بنفسه وهو خمس غنائم الجهاد والمعدن والكنز وقد بين كل ذلك فى موضعه

(٦) عقوبات كاملة وهى الحدود كحد الزنا والسرقة والشرب

(٧) عقوبات قاصرة وهى حرمان القاتل من ميراث مقتوله

(٨) حقوق فيها معنى العبادة والعقوبة وهى الكفارات ككفارة الحنث فى اليمين والافطار عمدا فى رمضان ، أما أن فيها معنى العقوبة فلأنها وجبت جزاء على أفعال مخالفة ، وأما أن فيها معنى العبادة فلأنها تؤدى بما هو عبادات محضة من عتق أو صيام أو صدقة

فهذه الحقوق الثمانية حقوق خالصة لله تعالى وفى تقريرها نفع عام شامل .

المحكوم عليه

وهو المكلف الذى تعلق خطاب الله تعالى بفعله ، والتكليف متوقف على الأهلية . وهاك جملة القول فيها وفى الامور المعترضة عليها وهى المسماة بعوارض الاهلية ولا نقتصر فى هذا المختصر على اهم العوارض لكثرته وأهمية أحكامه

الأهلية هى الصلاحية . والمراد بأهلية الانسان صلاحيته لتوجه خطاب الشارع اليه بالتكاليف الشرعية ، من الأوامر والنواهى ، وما يتصل بذلك [١]

أقسام الأهلية : والأهلية تنقسم الى قسمين ، أهلية وجوب ، وأهلية أداء .

فأهلية الوجوب هى صلاحية الانسان لأن تتقرر فى ذمته

---

(١) قد استوفيت الكلام فى الأهلية وعوارضها استيفاء تاما فى مقالى المنشور فى السنة الأولى من مجلة القانون والاقتصاد. وقد طبع كتابا على حدته

الواجبات الشرعية ، فلا تبرأ ذمته حتى يؤدى ما عليه من الواجب ، أو يؤديه عنه غيره بطريق النيابة الشرعية . وكذلك يكون له بمقتضى هذه الذمة الانسانية حقوق قبل غيره يتقاضاه إياها بنفسه أو بمن ينوب عنه شرعا . والمراد بالذمة الخاصية التى امتاز بها الانسان عن غيره من سائر أنواع الحيوان ، وجعلها الله تعالى مناط التكاليف الشرعية ؛ وهى الامانة التى عناها الله تعالى بقوله فى كتابه الكريم « إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها ، وأشفقن منها ، وحملها الانسان ، إنه كان ظلوما جهولا [1] »

فالأهلية هى مناط الخطاب التكليفى بالعقائد ، والعبادات ، والمعاملات . فالعقائد محلها القلب ، ولا عبرة بها الا مع الجزم ؛ ولا يكتفى فيها بالظن المتردد بين الجزم والشك ؛ ومظهرها يكون على اللسان ، وبالأفعال الدالة عليها ظاهرا ؛ وأما الباطن فلا يعلمه الا علام الغيوب ومن هذا تفهم أنه لا يمكن تحققها الا بعد وجود العقل ونضوجه ، والاقتناع بالبرهان . والمراد من التكليف بالعقائد هو أن يعرف الانسان حقائق الأشياء على ما هى عليه ، وقد تكفل ببيان ذلك علم الكلام [2]

---

(١) هذا تصوير للأمر الواقع . بطريق التمثيل ، فالأشياء المذكورة على حسب تكوينها الخلقى غير مستعدة لقبول التكاليف الشرعية ، ولسان حالها ناطق بذلك . وأما الانسان فقد خلقه الله تعالى مستعدا للقيام بتلك التكاليف ، وهو مع ذلك فى مجموعه لا يطيق الوفاء بها . ويلاحظ هنا أنه عبر بالانسان ، فشمل نوعيه جميعا ، الذكر والانثى ، فهما سواء فى حمل تلك الأمانة العظيمة .

(٢) أى علم التوحيد ، والعقائد . وهو يتكلم فى الآلهيات ، والنبوات ،

والعبادات هي تلك الأعمال التكليفية التي يؤديها الانسان بجسمه أو بماله ، أو بهما معا . وتنتظم الصلاة ، والصوم ، والزكاة، والحج. وغرض الشارع من التكاليف بالعبادات هو ابتلاء المكلفين حتى يظهر المطيع والعاصي ، وذلك لايكون الا بأن يقوم المكلف بأداء العبادة بنفسه طائعا مختارا ؛ ليكون له من عمله شاهد له ، أو عليه — قال تعالى « خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملا » . وأداء العبادة عن طوع واختيار يترتب عليه تزكية النفس ، وفلاحها ؛ وإزالة الحجب بين العبد والرب حتى يتحلى بالتقوى . وهي خير مايتحلى به الانسان أمام بارئه ، بعد اخلاص الدين كله له

وأما المعاملات فهي تنتظم كل مايتعلق بشؤون الدنيا من التجارات وسائر الأعمال المدنية ، والزواج والطلاق ، والعقوبات ، والأقضية ومايتصل بها من الاجراءات ، والادارات العامة ، والخاصة . فقد نظم الشارع كل هذا بنصوص خاصة ، أو عامة ، وأحكام جزئية أو كلية ؛ أرشد بها الناس الى المعاملات التي تنفعهم ، وأمرهم بتجنب مايضرهم من الظلم وأكل أموال الناس بالباطل ، ووضع لرابطة الزوجين نظاما مبنيا على المودة والرحمة ؛ وقرر مابه يحفظ الأمن بين الناس ، وتصان به النفوس ، والأموال ، والأعراض ، والعقول ، الى غير ذلك مماكله خير للناس ، وفيه المصلحة كل المصلحة لهم . والرجل والمرأة في أهلية

والسمعيات ، ومن أوسع كتبه في ذلك وأدقها كتاب المواقف ، والمقاصد ، والطوالع ، وقد لخصت رسالة التوحيد للاستاذ الامام الشيخ محمد عبده رحمه الله زبدة القول في ذلك.

الوجوب سيان ، لأن كلا منهما إنسان ، وهذا فى العقائد لا استثناء فيه لأنه لاتفاوت بين عقل الرجل ، وعقل المرأة ، فى كل أدوار الحياة من حيث إدراك الحقائق بالبرهان . وكذلك فى العبادات إلا فى استثناء المرأة حال تلبسها بالحيض ، والنفاس . فان الشارع لم يوجه اليها الخطاب بالصلاة وهى فى هاتين الحالتين ، لا أداء ، ولا قضاء ، وذلك ، رحمة بها . ودفعا للمشقة عنها ، وكذلك لم يوجه اليها الخطاب بصوم رمضان أداء ، حالة تلبسها بحيضها أو نفاسها لكنه أمرها بقضاء صوم الأيام التى لم تصمها بعد انقضاء رمضان ، وذلك لأن مشقة قضاء الصوم ليست كمشقة قضاء الصلاة ، إذ الصوم المفروض لايكون إلا مرة واحدة فى كل سنة فى شهر رمضان . وأما الصلاة فأنها تتكرر كل يوم وليلة خمس مرات . فكان من الحكم الجلية أن يرفه عنها الشارع فلا يكلفها قضاءها . وفى وجوب الحج عليها ، إذا لم يكن معها زوجها ، أو محرم لها ، اختلاف الفقهاء [1] . وأما فى المعاملات فلا فرق بينهما من حيث الأهلية فى شىء أصلا .

وأهلية الأداء : هى صلاحية الانسان لأن يؤدى المطلوبات الشرعية بنفسه ، وأن تصح تصرفاته وتترتب عليها آثارها ، وكذلك تصح أفعاله التى كلف بأدائها ، ويؤاخذ بأفعاله التى نهى عنها مؤاخذة بذنبه كالقتل والسرقة الخ . والانسان (ذكرا أو أنثى) بالنسبة لنوعى

(١) اذا كانت المرأة غير متزوجة وليس لها محرم فعلى أحد الأقوال لايجب عليها الحج ، أى لا يوجه اليها الخطاب الشرعى فلا تشغل ذمتها به . وقيل يجب . لكن لايجب عليها الأداء ، فلو حجت بدون زوج ولا محرم صح حجها مع الكراهة . وقيل يجب مطلقا .

الأهلية أربعة أدوار ، ذكرناها مفصلة في مقالناه الأهلية وعوارضها ، وسنذكرها هنا موجزة .

(الدور الأول)

هو دور الانسان وهو جنين ، قبل أن يولد ؛ والانسان في هذا الدور له اعتباران ؛ فهو من وجه يعتبر جزءا من أمه ، حسا وحكما ، أما حسا فلأنه ينتقل بانتقالها ، ويقر بقرارها كأنه عضو من أعضائها ؛ وأما حكما فلأنه يعتق بعتقها ، ويرق برقها ، ويدخل في البيع تبعا لبيعها . وهو من وجه آخر يعتبر مستقلا عنها ، لأنه منفرد بالحياة ، وهو بعرض أن ينفصل عنها ، ويصير انسانا قائما بنفسه . فمن أجل هذا لم يجعل له الشارع ذمة مطلقة صالحة لكل من الوجوب له ؛ والوجوب عليه ، بل جعل له ذمة صالحة للوجوب له فقط ؛ رحمة من الشارع به فأوجب له من الحقوق الحق في العتق منفردا عن أمه ، والحق في ثبوت نسبه من أبيه ، ومنه ينتشر النسب إلى جميع أقارب أبيه ؛ والحق في الميراث من مورثه ، سواء أكان أباه أم غيره ؛ والحق في استحقاقه ما أوصى له به . والحق في استحقاقه من غلة الوقف الذى هو من ضمن مستحقيه ، لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى فاذا ولد حيا ولو حكما [1] ثبتت له

---

(١) بيان ذلك أنه لو ضرب رجل امرأة حبلى في بطنها (مثلا) فأسقطت جنينا ميتا ، اعتبر هذا الجنين حيا تقديرا ، وأن سبب موته هو تلك الضربة ، ولذلك وجبت على الجانى الغرة ، وهى جزء من عشرين جزءاً من الدية الكاملة وهى تورث عن الجنين . وكذلك يكون الجنين من ضمن ورثة مورثه الذى مات قبله ، وهو جنين ، ويعطى نصيب الجنين من الميراث لورثة الجنين ، لا لورثة مورثه .

كل هذه الحقوق ، وإن ولد ميتا حقيقة وحكما : لم يثبت له شيء منها ، بل ترد الى مستحقيها شرعا . ولما كانت الولاية إنما تبتدىء على الانسان بولادته ، كان الجنين لا ولاية لأحد عليه . وعلى ذلك لاتصح له الهبة ولا الصدقة [١] ولا الشراء له ، وغير ذلك مما يتوقف على وجود ولى ، أو يكون فيه ايجاب حق على الجنين لغيره . وبديهى أن أهلية الاداء معدومة فى حق الجنين ، إذ لا يتصور توجيه الخطاب اليه بأداء شيء لعجزه الكلى .

(الدور الثانى)

يبتدىء بالولادة وينتهى إلى سن التمييز . ويثبت للانسان فى هذا الدور ابتداء من ولادته مباشرة ذمة مطلقة لوجوب الحقوق مطلقاً ، له وعليه ، لكن لضعف بنيته ، وقصور عقله عن فهم الخطاب (التكليف الشرعى) ، وهو فى أول أدوار حياته بعد ولادته وقبل أن يصير مميزا — اقتضت حكمة الله تعالى ألا يكلف أداء شيء بنفسه ، ولذا سقطت عنه التكاليف البدنية ، كالصلاة والصوم ، سقوطا كليا ، ولا يؤاخذ بأقواله ، ولا يبنى عليها حكم أصلا ، لا له ، ولا عليه . وكذلك لا يؤاخذ بأفعاله مؤاخذة بدنية ، فلا يقتص منه أى قصاص ، ولا يحبس ، ولا يضرب

---

(١) وذلك لأن كلا من الهبة والصدقة لايتم الا بالقبض ، والقبض من الجنين لايتصور ، وكذا من وليه ، لأنه لاولى له الا بعد ولادته . ونظير ذلك سائر العقود لأنه لابد فيها من القبول والايجاب ، ولا ولى للجنين يقوم بذلك . وأما الوصية فانها أخت الميراث . لكن الهبة تصح للجنين على مذهب مالك وقد بينت ذلك بيانا تاما فى كتابى (التزام التبرعات)

إذا جنى أى جناية ، أو فعل مايوجب اقامة الحد كالسرقة ، وإنما يؤاخذ مؤاخذة مالية تعويضا لما أتلفه بفعله ، لأن الدماء والأموال معصومة فى دار الاسلام ؛ وعذر الصبي لكونه صبيا لايسقط عنه مسؤولية التعويض المالى عملا بهذه القاعدة الفقهية « الأعذار الشرعية لاتنافى عصمة المحل » ، أى عصمة المال والنفس ، فلا يجوز أن يهدر شيء منها ، وإنما تسقط العقوبة البدنية فقط عند قيام العذر المعتبر شرعا ، كالصبا والجنون . وكما لايكلف بالعبادات لايكلف أيضا بالايمان لأنه لايعقل ماالايمان . وفى هذا الدور لاتثبت له أهلية الأداء ، بل الذى يؤدى عنه الواجبات المالية هو الولى الشرعى .

وينتهى هذا الدور ببلوغ الصبي أو الصبية سبع سنين (عادة) ؛ وقد اعتبروا هذه السن مبدأ لسن التمييز لأجل ضبط الأحكام ، مع أن التمييز قد يتقدم هذه السن ، وقد يتأخر عنها ، كما أن الرشد قد يتقدم البلوغ ، وقد يتأخر عنه ؛ ولكن جعلت الأوصاف المنضبطة المحسوسة كبلوغ السن سبعا ، والبلوغ الطبيعى ؛ أو بالسن « خمس عشرة سنة » مناطا للأحكام منعا للفوضى القضائية ؛ واضطراب الأحكام ؛ وغير ذلك من المضار إذا لم تكن علة الحكم الشرعى منضبطة محسوسة (أنظر صفحة ٩٧ ، ٩٨)

(الدور الثالث)

من سن التمييز إلى البلوغ الحسى بالعلامات ، أو بالسن « خمس عشرة سنة [١] » . ويلاحظ أن الصغير فى هذا الدور سواء أكان ذكرا أم أنثى

---

(١) هذا القول المفتى به ، وقيل ثمانى عشرة سنة ، وهو قول لأبى حنيفة والمعول عليه فى مذهب مالك ، وانظر مجلة الالتزامات التونسية . وسن الرشد

يكون قد ارتقى فى جسمه وعقله ، وإن كان لم يصل إلى درجة النضوج والكمال فيهما حتى يبلغ . ولذلك زيد على أهلية الوجوب الثابتة له من قبل أهلية الأداء ، لكن من حيث صحة أدائه ؛ لا من حيث إلزامه بالأداء ، فلو آمن أو صلى صح كل من إيمانه وصلاته ؛ لكن شيئا منها ليس واجبا عليه أداؤه . وهو لا يؤاخذ مؤاخذة بدنية على جنايته ، فحكمه فى هذا الدور كحكمه فى الدور الذى قبله ؛ وذلك رحمة بصباه ، وتبقى مؤاخذاته المالية على ما كانت عليه فى الدور الثانى . وأما أحكام معاملاته فهى على ثلاثة أقسام .

الأول :

ما يكون ضارا به ضررا محضا ، كأن يهب ماله ، أو يعتق عبده ، أو يطلق زوجته ، ونحو ذلك . وحكم هذا النوع من المعاملات أنه باطل لما فيه من الضرر المحض له .

الثانى :

ما يكون نافعا نفعا محضا له ، كقبول الهبة وحكم هذا النوع أنه يصح منه ، وتكفى فيه أهليته القاصرة ؛ ولا يتوقف على إذن ولى المال أو إجازته :

الثالث :

ما يكون دائرا بين النفع والضرر كالبيع والإجارة . وحكم هذا

عندنا الآن مقدر بإحدى وعشرين سنة شمسية (أنظر كتابنا الأهلية وعوارضها) ففيه كلام واف فى هذا الموضوع . وكذا كتابنا أحكام المرأة ففيه شرح واف بالنسبة للأنثى

النوع أنه يصح منه موقوفا على اجازة ، أو أذن ولى المال ، فان أجازه إجازة معتبرة بألا يكون فى التصرف غبن فاحش بالصغير كان التصرف نافـــذا .

وقد استوفيت القول فى كل ذلك بما لامزيد عليه فى كتابى « الأهلية وعوارضها » كما استوفيت غيره ، ولا حاجة الى تفصيل الكلام هنا لعدم الحاجة اليه فى هذا المختصر :

والصبي والصبية من حيث نوعا الاهلية فى هذا الدور سيان ، لافرق بينهما فى شيء أصلا .

(الدور الرابع) :

يبتدىء هذا الدور كما قلنا آنفا ببلوغ الانسان راشدا . وبذا يكون له أهلية كاملة ، ويتوجه إليه الخطاب بجميع التكاليف الشرعية من الايمان والعبادات وغيرها ، وتصح التزاماته الشرعية كلها ، لا فرق فى ذلك بين الذكر والأنثى إلا فيما يتعلق بالصلاة والصوم بالنسبة للحائض والنفساء وكذا الحج على ما أسلفنا . وأما المعاملات وكل ما عدا العبادات فلا فرق فى الأحكام بينهما ، ولا فى المؤاخذات ، ولا فى توقيع العقوبات المالية والبدنية إلا فى بعض مستثنيات لاعتبارات خاصة غير الأهلية

عوارض الأهلية

الأمور المعترضة على الأهلية ، بعضها مؤثر فى نفس الأهلية ، وبعضها يغير الأحكام بدون تأثير فى الأهلية ، لاعتبارات أخرى . فمن العوارض التى تزيل أهلية الأداء ، وأهلية الوجوب ، بالكلية ، الموت ، وذلك لأن الموت عجز كلي تزول به القدرة فلا تبقى معه أهلية

أداء حتما ؛ وكذلك أهلية الوجوب ؛ ومع ذلك فقد اعتبر الفقهاء بقاء الذمة بقاء حكميا بعد الموت حتى يوفى ما على الميت . ويستوفى ماله من الحقوق على غيره ؛ فيقضى عليه أو له بعد موته فى مواجهة من يقوم مقامه شرعا بعد الموت . ومما تزول به أهلية الأداء فقط النوم ، لكن أهلية الوجوب باقية ؛ فالانسان يطالب بعد يقظته بقضاء مايعجز عن أدائه وقت نومه . والجنون تزول به أهلية الأداء ، أما أهلية الوجوب المالية فهى باقية ، وينوب ولى المجنون عنه فى أموره المالية . والمجنون مسؤول عن أفعاله من الناحية المالية فقط ؛ كاتلافه مال غيره ؛ أو نفسه ، أو بعض أعضائه ، « لأن الأموال والدماء معصومة فهى مضمونة حتما بالاتلاف » ؛ لكن العقوبات البدنية ساقطة عنه لعدم قصده ، وكذا التكاليف الشرعية من عقائد وعبادات لعدم نيته . وأما العوارض التى لا تأثير لها فى الأهلية أصلا بنوعيها ، بل تتغير معها بعض الأحكام لاعتبارات خاصة فمن أشهرها السفه ، ومرض الموت ، وكون الانسان مكرها على ما يفعله أو يقوله . وقد فصلت الكلام فى كل العوارض بلا مزيد عليه فى كتابى الأهلية وعوارضها . وحكم المرأة كحكم الرجل من حيث عوارض الأهلية ؛ لافرق بينهما فى شىء من ذلك أصلا .

وهاك بيان أهم العوارض وأحكامها

الجنون والعته

قد يولد الانسان مجردا من العقل بالكلية كالذى يولد أعمه فاقدا حاسة البصر ، وقد يولد ومعه عقله ؛ لكن يعترضه مايقف العقل عن

سيره من أول أدوار حياته ؛ أو بعد ذلك بقليل أو كثير من الزمن وقد يولد سليم العقل ؛ ويساير عقله جسمه فى نموه حتى يبلغ رشيدا ؛ ثم يؤاف عقله بمرض يذهب به كله أو بعضه ، أو يذهب به فى بعض الازمنة دون بعض [١] ؛ فأى شيء نسمى هاتين الحالتين؟ جاء فى الكتب

(١) جاء فى كتاب مقياس الذكاء للدكتور الفاضل حسن عمر : أن ضعف العقل هو وقوف نمو المخ عند حد معين يختلف باختلاف الأشخاص ، فهو ليس بمرض ينتاب المخ كالجنون إذ المجنون شخص اعتراه مرض أثر فى مخه فتغير هذا الشخص عن حالته الطبيعية ، وحصل له اضطراب فى قواه العقلية كلها أو بعضها . أما ضعيف العقل فهو ذلك الشخص الذى نما مخه نموا طبيعيا إلى حد ما ، ثم وقف عند هذا الحد ، ووقف هذا النمو يعترى الطفل فى حياته الأولى إلى أن يبلغ الثانية عشرة . هذا إذا كان ضعف العقل ناشئا عن حالة وراثية ، ورثها الولد عن والده ، فاذا وصل ولد إلى الثانية عشرة من عمره ولم يقف نمو عقله استمر ينمو مالم يعترضه عارض خارجي يؤثر فى نمو عقله ، فضعيفو العقول ينقسمون الى طبقات ثلاث : (١) ضعيفو العقول من المرتبة الدنيا ، وهم الأفراد الذين ليس فى مقدورهم أن يعملوا عملا ، فهم والطفل الذى بلغ الثانية من عمره سواء ، (٢) ضعيفو العقل من المرتبة الوسطى ، وهم الافراد الذين يستطيعون أن يتعلموا قليلا ، وأن يعملوا مايكلفونه من أعمال تعلموها وأرشدوا اليها ، أو ربوا عليها من غير أن يتصرفوا فى عملهم أدنى تصرف وادراكهم كادراك طفل تتراوح سنه بين الثالثة والسابعة ، (٣) ضعيفو العقل من المرتبة العليا ، وهم الأفراد الذين يقوون على أن يتعلموا التعليم الابتدائى ويتصرفون تصرفا قليلا فيما يوكل إليهم من الأعمال ، وادراكهم يعادل ادراك صبي تتراوح سنه بين الثامنة والثانية عشرة اهـ . أقول ان الانسان فى هذه

الفقهية لفظان لذلك : هما الجنون والعته ، لكن لم يبينوا للناس أهما حقيقة واحدة تحتها نوعان . أم هما حقيقتان متغايرتان ؟ فقد اختلفت عباراتهم فى ذلك اختلافا عظيما ، فالظاهر مما قاله علماء الأصول أنهما متغايرتان وكذلك الشأن فى كتب الفروع . لكنهم صرحوا فى بعض الفروع بأن العتة نوع من الجنون ، وفسروه به فى بعض المواضع ، كذلك صرح علماء الأصول بأن حكم المعتوه كحكم الصبي المميز لكن فى بعض الفروع مايدل صراحة على أن من العتة مالا يدرك صاحبه كالصبي غير المميز ، ومنه مايكون معه نوع ادراك كالصبى المميز ، وفرق فى التبيين بين الجنون والعتة بأن الاول يصحبه اضطراب وهيجان ، والثـــانى يلازمه الهدوء والحقيقة واحدة . وعلى ذلك أقول :

ان فاقد العقل ، أو ناقصه ، أو مختله ، سواء أكان هذا الوصف ثابتا له من فجر حياته أم بعد ولادته ، أم كان طارئا عليه بعد بلوغه عاقلا ، ان كانت حالته حالة هدوء فهو المعتوه اصطلاحا ، وان كانت حالته حالة اضطراب فهو المجنون وأن المعتوه قسمان : مميز وغير مميز هذا هو الذى يؤخذ من كلامهم ولولا خوف الاطالة لذكرت كل مايشهد

الحالات الثلاث يكون معتوها لا مجنونا ، وكذلك اذا مسه ضعف فى عقله بسبب شيخوخة أو حادث ألم به فأضعف ادراكه وأثر فى مخه ، وأما المجنون فهو من يصاحب عدم ادراكه الكلى أو الجزئى اضطراب ، على ما اختاره فى التبيين . وعلى ذلك يكون المعتوه نوعين ، معتوه غير مـــميز ، ومعتوه مميز ، وأنه فى حال عدم التمييز يلحق بالمجنون فى كل أحكامه ، وفى حالة التمييز يلحق بالصبي المميز ، وهذا هو الموافق للفروع الفقهية الكثيرة غير أنه يلاحظ أن المعتوه اذا أطلق فى الكتب الشرعية يراد به غالبا من هو فى درجة الصبي المميز

لما أقول «أنظر أصول فخر الاسلام، وشرحه والتبيين، والفتاوى الهندية.ورد المحتار»وبالجملة فالعته ضعف العقل والجنون اختلاله .

أحكام الجنون :

المجنون أهلية وجوب، كأهلية الصبي غير المميز تماما، وأحكامهما واحدة فى كل شيء؛ فكل المطلوبات المالية التى تجب على الصبي غير المميز تجب على المجنون، والعقوبات البدنية منتفية عنه كلها؛ولايحرم من الميراث اذا قتل مورثه ؛ ولا تلزمه تبعة بفعل غيره ؛ وجميع تصرفاته القولية باطلة بطلانا كليا فلا تصح له عبارة أصلا . ولا يبنى عليها أى حكم من الأحكام . غير أنه اذا أسلمت زوجته فان الاسلام يعرض على أحد أبويه ؛ ولاتنتظر إفاقته ، بخلاف الصبي غير المميز وقالوافى الفرق بينهما أن بلوغ الصبي سن التمييزآت لامحالة ؛ إذ له وقت معلوم ؛ وأما افاقة المجنون فليس لهاوقت معلوم ، وربما لاتكون ؛ فلامعنى للانتظار .

وقد يكون الجنون متقطعا غير مستوعب لكل الأوقات، فيصيب الشخص فى بعض الأحايين، أوفى بعض الأحوال دون بعض فأحكامه فى حالة جنونه هي الاحكام المتقدمة ، وأما فى حالة إفاقته وزوال الجنون عنه بالكلية فان تصرفاته تكون نافذة لأنه عاقل بالغ ، وإن لم تكن افاقته تامة ، بل كان يعقل بعض الأشياء دون بعض فتصرفاته فى حكم تصرفات المعتوه. هذا وقد جاء التعبيرفى بعض معتبرات كتب المذهب «بالمجنون المغلوب» فقيل فى تفسيره انه هو الذى لايفيق أصلا ؛ سواء أكان جنونه كليا أم جزئيا ويقابله من يجن تارة ويفيق أخرى . وقيل هو الذى لايعقل أصلا ، أى من كان جنونه كليا،ويقابله

من يعقل بعض الأشياء دون بعض . وقد يقال لجنونه انه مطبق ، إما باعتبار استيعابه كل الأوقات ، واما لكونه جنونا كليا لا يعقل صاحبه شيئا . هذه هي الخلاصة نقية صافية . وانظر التبيين وحاشيته والهداية وشروحها ورد المحتار

أحكام العته

إن كان المعتوه فى ادراكه كالصبي المميز ؛ فحكمه حكم الصبي المميز ، وان كان دون ذلك فأحكامه أحكام الصبي غير المميز ، على التفصيل المتقدم .

قال فى الفتاوى الهندية : المعتوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الأب والوصى والجد دون غيرهم ، وحكمه حكم الصبي ، كذا فى خزانة المفتين . وإن كان المعتوه لا يعقل البيع والشراء فاذن له أبوه أو وصيه فى التجارة لا يصح ، كذا فى المبسوط اه .

واذا أسلمت زوجة المعتوه فان كان مميزا عرض عليه هو الاسلام ، كما يعرض على الصبي المميز ، وان كان غير مميز عرض الاسلام على أبيه ، كما يعرض على أبي المجنون ، وهذا لأن العته كالجنون لا حد له بخلاف الصغر ؛ وقد نص على ذلك فى شرح أصول فخر الاسلام ، وقال بعد ذلك : ان العته يشابه الجنون وقال قبل هذا بصفحة ان العته نوع من الجنون.

أقول : وبالجملة لا ينبغي أن يبت فى أمر ضعيف العقل ومختله حتى يمتحن ويتحرى أمره ، ثم يطبق عليه من الأحكام ما يليق به على البيان المتقدم ، وهذا هو القول الفصل فى هذه المسألة .

المرض

يراد بالمرض الذى هو من عوارض الأهلية مرض الموت الذى اجتمع فيه وصفان ، أولهما أن يغلب فيه الهلاك عادة ، ويرجع فى هذا الى الاحصاءات

الطبية ، والى الأطباء فى طبيعة الأمراض . ثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة ، سواء أكان الموت بسببه أم كان بسبب آخر خارجى . كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم أو أى سبب آخر أفضى الى الموت . وهو لا ينافى أهلية ثبوت الحكم ووجوبه على الاطلاق ، سواء أكان من حقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة ، أم من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الزوجة والأولاد وغيرهم ، ولا ينافى أهلية العبارة ، لأنه لا يخل بالعقل ولا يمنع من استعماله حتى صح زواج المريض وطلاقه واسلامه وانعقدت تصرفاته كلها وصح منه جميع ما يتعلق بالعبارة .

ولما لم يكن المرض منافيا لنوعى الأهلية كان ينبغى أن يجب على المريض كل ما وجب على الصحيح . وألا يتعلق بما له حق غيره ولا يتقرر الحجر عليه بسبب المرض ، لكن لما كان المرض سبب الموت بواسطة ترادف الآلام ، والموت عجز حسا ومعنى ، كان المرض من أسباب ذلك العجز ، أى موجبا له بزوال القوة زوالا كليا بعد انتقاصها شيئا فشيئا . لذلك شرعت العبادات البدنية على المريض بقدر طاقته . ولا يكلف الله نفسا الا وسعها . كذلك الموت علة شرعية لأن يخلف الميت فى ماله غرماؤه والموصى لهم وورثته على الوجه المبين شرعا ؛ وذلك لأن الموت يبطل أهلية الملك فيخلف الميت فى ماله أقرب الناس اليه ، وذمته بعد موته لا تصلح لأن تبقى مشغولة بالدين لعدم امكان مطالبته ولعجزه عن السعى فى طلب المال وأداء الدين بنفسه ، فينتقل ما كان شاغلا لذمته حال الحياة من الديون إلى المال الذى تركه فيستوفى الدائنون حقهم منه فلذلك تعلق حق الغريم والوارث بمال المريض فى الحال ، لأن ذلك المرض سبب الموت ، والموت علة تلك الخلافة . فيستند الحكم وهو ذلك التعلق إلى أول السبب وهو المرض . وينتج من ذلك وجوب الحجر على المريض بقدر ما يقع به صيانة حق الوارث والغريم ، وهو مقدار الثلثين بالنسبة للوارث فيما بقى

من التركة بعد اخراج ما يفى منها بما عليها من الديون ، ان كان عليها ديون وكانت الديون غير مستغرقة لها ، وأما الثلث الباقى فقد تصدق به الشارع سبحانه وتعالى على الانسان فيعطيه من يشاء أو يصرفه إلى ما يشاء بعد موته على ما هو مبين فى كتاب الوصايا — وكل المال بالنسبة للدائنين سواء ، إذ وفاء الدين مقدم على غيره من الوصايا والميراث وكل مال المدين ضامن للدين .

وفيما عدا هذين الحقين ، حق الدائن وحق الوارث لا تأثير للمرض فى الحجر فلو كان المريض ناظر وقف يملك الشروط من إدخال وإخراج وإعطاء وحرمان وزيادة ونقصان وتولية وعزل الخ فالمرض لا يسلبه شيئا من ذلك ما دام عقله سليما لم يمسسه ضعف أو خلل ، وكذلك الحكم فى كل ماله من ولاية على نفس أو مال . لكن يستثنى من الحجر لحق الغريم والوارث نفقات المريض الضرورية كأجرة الطبيب وثمن الأدوية والزواج بمهر المثل ، لأنه قد يحتاج إلى من يخدمه أو يؤنسه والنفقة اللازمة له ولمن معه فى عياله كل أولئك لا يتناوله الحجر بسبب الدين .

فاذا شفى المريض من مرضه نفذت جميع تصرفاته التى صدرت عنه وهو مريض ، ولا اعتراض لأحد من الدائنين والورثة على شىء مما صنعه ، وذلك لزوال العلة التى أوجبت الحجر عليه .

أما إذا اتصل الموت بهذا المرض كان حكم تصرفاته التى صدرت عنه وهو مريض على هذا التفصيل .

(١) كل تصرف صدر عنه من التصرفات القابلة للفسخ ، كالهبة والكفالة والبيع مع المحاباة الخ ، يحكم بصحته ونفاذه فى الحال متى استوفى التصرف شروطه الشرعية ، لانها وقت أن صدرت عنه لم يمنع مانع من صحتها ونفاذها فلا مبرر لتوقفها ، حتى إذا مات فحينئذ فقط يكون لمن لحقه الضرر من هذه

التصرفات من دائن ووارث حق ابطاله بقدر ما يسلم له حقه المذكور آنفا ، كما أن له حق اجازته إذا شاء . وكل ما قيل مخالفا لهذا فهو خطأ محض .

(ب) وكل تصرف غير قابل للفسخ كالاعتاق يقع على حق غريمه ، كأن يعتق المريض عبدا من ماله المستغرق بالدين ، أو يقع على حق وارث ، كأن يعتق عبدا تزيد قيمته على ثلث التركة ، فحكم هذا العتق حكم التدبير ، فيكون عبدا فى كل أحكامه قبل وفاة سيده ، وبعدها يسعى فى كل قيمته بالنسبة للدائن وفيما زاد على الثلث بالنسبة للوارث ، وإذا لم يؤثر اعتاقه فى حق غريم أو وارث نفذ العتق فى الحال لعدم المانع .

ووقف المريض متى استوفى شروطه نفذ فى الحال ، لأن الوقف يجوز نقضه لأسباب متعددة . فهو ليس كالعتق فى عدم القابلية للفسخ ، فاذا مات الواقف المريض وتركته مستغرقة بالدين فللدائنين ابطال الوقف واستيفاء ديونهم من ثمنه ، ولهم اجازته لأنهم أصحاب الحق ، فان كانت التركة غير مستغرقة بالدين وكان الوقف لا يخرج من ثلث الباقى فحق الاجازة والابطال فيما زاد على الثلث للورثة ، حتى يسلم لهم الثلثان من باقى التركة ، وكذلك إن كانت التركة خالية من الديون فلهم ابطال الوقف فى الثلثين وليس لهم ابطاله فى الثلث ، حتى لو كان الوقف ابتداء على بعض الورثة دون بعض ، وذلك لأنه فى المآل يكون لغير الورثة حتما ، ومن أجل هذا لزم فى الثلث ؛ بخلاف الوصية للوارث ، وتفصيل الأحكام مبين فى وقف المريض فراجعه

وقد جوز الشارع للمريض ، كما جوز للصحيح ، أن يوصى للأجنبى الى ثلث ماله ، ومنعه من الوصية للوارث — على ما ذهب اليه جمهور الفقهاء — اكتفاء بما يأخذه من الميراث إلا إذا رضى الورثة الآخرون بعد موت الموصى بذلك إذ الحق لهم من مال التركة ، والمنع كان لأجلهم . وقد رأى أبو حنيفة رحمه الله

أخذا من هذا أنه لايجوز للمريض أن يبيع عينا من أعيان ماله لوارثه ، لما فى ذلك من إيثار من باع له على سائر الورثة بتلك العين التى باعه اياها ، وحقهم جميعاً ثابت فى نفس أعيان التركة ، بخلاف الدائنين فحقهم متعلق بمالية التركة دون أعيانها ، بدليل أن الوارث اذا شاء أن يؤدى الدين من مال نفسه ويرجع بما أدى على التركة كان له هذا ، وليس للدائن أن يمتنع عن ذلك وقال الصاحبان اذا باع لوارثه بأكثر من القيمة أو بمثلها فلا بأس بهذا ، لأنه ليس فى فعله هذا ابطال حق الورثة الآخرين أو غيرهم . والفتوى على قول الامام : ولا يخفى ما فى ذلك من الاحتياط .

هذا حكم التصرفات الانشائية للمريض . أما اقراره فان كان لأجنبي فهو صحيح ولو كان بكل ماله ، وان كان لوارث فانه يتوقف على اجازة باقى الورثة بعد موت المقر ، وعللوا ذلك بأنه متهم فى اقراره للوارث دون الأجنبى ، واستدلوا له بما رووه عن عمر أو ابنه رضى الله عنهما ، وهو « إذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فهو جائز وان أحاط ذلك بماله ، وان أقر لوارثه فغير جائز إلا أن يرضى به الورثة » [1] وكذلك الحكم عند الامام أحمد ، وقد اقتصروا على تعليل عدم صحته للوارث بالتهمة . والوارث عند أبى حنيفة وأصحابه هو من قام به سبب من أسباب الارث وقت الاقرار ، ولم يمنع

---

(١) هذا الأثر على فرض صحته لا يخرج عن كونه قول صحابى . وقد اختلف أئمة الشريعة فى حجية قول الصحابى ، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن ذلك القول ان كان مما يدرك بالرأى كالمقدرات فهو حجة بالاتفاق ، وكذا ما شاع من أقوال بعض الصحابة فسكت سائرهم عند استماعه ولم يعترضه أحد منهم ، فهذا هو المسمى بالاجماع السكوتى وان كان القول مما يدرك بالرأى ويكون للاجتهاد فيه مجال ولم ينقل عنهم خلاف فيه فقيل انه حجة أيضا

من ارثه مانع وقت الموت ، فاذا انتفى أحد الأمرين نفذ الاقرار غير موقوف على اجازة الورثة ، كالذى يقر وهو مريض بدين لامرأة أجنبية منه ، ثم يتزوجها بعد هذا الاقرار ، ويموت عنها وهى وارثة له ، وكالمريض الذى يقر بدين أو عين لأخيه وليس له ابن ثم يولد له ابن ثم يموت هو فيرثه ابنه . فنى هاتين الصورتين ينفذ الاقرار لعدم توافر الشرطين جميعا وقت الوفاة . وأما عند الامام أحمد وأصحابه فالوارث هو من كان وارثا بحسب الظاهر وقت الاقرار ، سواء أكان وارثا حقيقيا وقت وفاة المقر أم لا ، فاذا أقر الرجل لأخيه ، وكان وارثا له وقت الاقرار ثم ولد له ابن ثم مات فورثه ابنه دون أخيه فلا ينفذ الاقرار للأخ ، بل يتوقف ، وذلك لأن العبرة عندهم اتهام التهمة وقت الاقرار فقط

وعند الشافعى رحمه الله يقبل اقرار المريض بالدين وبالعين للأجنبى والوارث جميعا كاقرار الصحيح ويساوى اقراره البينة فى القبول . ولا يفرق الشافعى بين دين صحة ودين مرض خلافا لأصحابنا ، وذلك لأن الظاهر من حاله أنه محق ولا يقصد حرمان بعض الورثة ، فانه قد انتهى الى حالة يصدق فيها الكذوب ويتوب فيها الفاجر . وهل لبقية الورثة تحليف المقر له أن المقر به كان يلزم المقر أن يقر لى به لكونه دينا فى ذمته فان نكل حلفوا وبطل الاقرار؟ قولان فى المسألة ، والظاهر رجحان التحليف « انظر الروض وشرحه وحاشيته » .

وأما عند مالك رحمه الله فقد قال ابن جزى فى قوانينه : لا يقبل اقرار المريض لمن يتهم بمودته من قريب أو صديق ملاطف ، سواء كان وارثا أم

وقيل لا يكون حجة ، أما إذا اختلفوا فيه فهو ليس بحجة بالاتفاق . وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بعدم حجية قول الصحابى مطلقا ، وهو الراجح عند المحققين من علماء الأصول . وقد ذكرنا ذلك فيما مضى فى صفحة (٢٤) .

غير وارث الا أن يجيزه الورثة ويتبل فيما سوى ذلك . وقد استوفى الكلام في هذه المسألة بمالامزيد عليه الشيخ الرهونى فى حاشيتهعلى عبدالباقى . هذا وقد بقى من أحكام المريض وتصرفاته مسائل جزئية محلها كتبفروع الفقهفلتراجع هناك .

السفه

هو خفة تعترى الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة ، لكنه غلب في اصطلاح الفقهاء على تبذير المال واتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا . وأصل المسامحات في التصرفات والبر والاحسان مشروع ، لكن الاسراف حرام ، ولو فيما أصله خير محض كبناء المساجد والمدارس والملاجىء ونحوها ، فالسفه كما يكون فى الشر يكون فى الخير أيضا . والواجب هو الاعتدال والقصد فى كل التصرفات لئلا يؤول الأمر إلى اضرار الانسان بنفسه ثم بغيره . قال تعالى : « والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ، وكان بين ذلك قواما »

والسفه لا ينافى الأهلية بنوعيها ، إذ عقل السفيه غير مألوف ، لكنه مغلوب بهواه ، والدليل على ذلك أنه مكلف بالعبادات من صلاة وصوم وحج وزكاة ، ومؤاخذ بجناياته بالاجماع ، وكان من مقتضى هذا ألا يمنع ماله عنه ، وألا يحجر عليه فى التصرفات شأن كل مكلف تام الأهلية ؛ لكن جمهور الفقهاء قالوا بالحجر عليه فى التصرفات المالية التى تضره ، وبألا يسلم ماله اليه حتى يؤنس منه الرشد ، وخالفهم أبو حنيفة فى بعض ذلك ، وهاك جملة القول فى هاتين المسألتين .

تسليم مال السفيه اليه :

اذا بلغ الصبي سفيها منع عنه ماله ، فلا يسلم اليه شيء منه . قال تعالى

«ولا تؤتو السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما» ، أى لا تعطوا المبذرين والمسرفين أموالهم التي فى أيديكم وأنتم قوامون عليها بالحفظ والتصرف فيها لمصلحتهم (١) . ثم قال « فان آنستم منهم رشدا فادفعو اليهم أموالهم » أى ان عرفتم ورأيتم فيهم صلاحا فى العقل وحفظا للمال فاعطوهم أموالهم فقال أبو حنيفة : إن منع المال عن مالكه بهذا النص اما حكم غير معقول المعنى إذ مالك المال انسان حر بالغ عاقل مكلف بكل التكاليف الشرعية ولم يسقط عنه شيء من الواجبات ، فكيف يمنع عنه ماله ؟ واما أن يكون منع ماله عنه تأديبا له ، والانسان فى أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه لقربه من زمان الصبا ، لكن بعد تطاول الزمن به لا بد من أن يستفيد رشدا ما بطريق التجربة والامتحان ، فحسبه حبس ماله عنه حتى تصل سنه إلى خمس وعشرين سنة ، فاذا بلغ هذه السن فلا بد أن يكون حصل له نوع رشد ، والشرط رشد نكرة ، فيتحقق بأدنى ما يطلق عليه اسم الرشد ، وحينئذ يجب أن يسلم ماله اليه ، وكفاه عقوبة ، ولا مخالفة فى ذلك للنص ، كما علمت . وقال أبو يوسف ومحمد لا يعطى السفيه ماله حتى يتحقق رشده ، ولو بلغت سنه سبعين أو تسعين سنة ، لأنه تعالى علق الايتاء بايناس الرشد فلا يجوز قبله ، ولا يلزم من بلوغ السفيه سنا معينة أن يؤنس منه الرشد ، بل لا بد من وجود الرشد حقيقه فى أية سن كانت .

وعلى هذا الخلاف فيما إذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها ، فأبو حنيفة لا يرى منع ماله عنه خلافا لصاحبيه

---

(١) للآية تأويلات أخرى مفصلة فى مطولات كتب التفسير والأصول والفقه .

الحجر على السفيه

قال أبو حنيفة لا أحجر على السفيه بل أعتبر تصرفاته صحيحة نافذة كغيره من سائر العقلاء ، وذلك لأن النص انما ورد بمنع ماله عنه لا بالحجر عليه فى التصرفات .

قال الصاحبان : أى فائدة فى منع ماله عنه مع اطلاق التصرف له ، فهو يتلف بلسانه ما منع من تناوله بيده ، فيهب لمن يشاء ويبيع ويحابى من يشاء وهكذا ، فلأجل تمام النظر يجب الحجر عليه كما يجب منع ماله عنه . قال أبو حنيفة ان السفيه إنما يتلف ماله عادة فى التصرفات التى لا تتم الا باثبات اليد على المال كالضيافات والهبات ، فاذا كانت يده مقصورة عن المال فلا يتمكن من تنفيذ هذه التصرفات فحصل المقصود بمنع المال عنه وان كان لا يحجر عليه وأما قياس الحجر على منع المال فهو قياس الاعلى على الادنى ، إذ غاية منع المال عنه ابطال نعمة زائدة ، وهى اليد والحاقه بالفقراء ، والفقر لا ينافى الاهلية ولا الانسانية ، أما الحجر عليه فهو الغاء عباراته بعدم ترتيب آثارها عليها وفى هذا ابطال ولايته وأهليته والحاقه بالبهائم ، وتجريده من نعمة أصلية هى من أكبر النعم وأجلها ، وهى البيان الذى امتاز به الانسان عن الحيوان قال تعالى : « خلق الانسان ، علمه البيان » ، فلئن جاز الحاق ضرر يسير به فى منع نعمة اليد عنه وهى نعمة زائدة والحاقه بالفقراء لتوفير النظر عليه — لا يجوز الحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الاصلية والحاقه بالبهائم من أجل النظر له

قال الصاحبان : اننا نقول بالحجر على السفيه لأجل النظر له وللناس كافة أما النظر له فلأنه لم يخرج بسفهه عن كونه أخانا وله حق علينا ، والأمر

بالمعروف والنهى عن المنكر انما شرعا بطريق النظر للمأمور والمنهى حقا له علينا ، وأما النظر للناس فلأن ضرر السفه يعود اليهم ، فان السفيه إذا أفنى ماله بالسفه والتبذير صار وبالا على الناس وعيالا عليهم يستحق النفقة فى بيت المال ، والحجر على الحر لدفع ضرره عن العامة مشروع بالاجماع ، كما فى المفتى الماجن ، والطبيب الجاهل ، والمكارى المفلس . وأيضا نحن أتفقنا جميعا على الحجر على الصبي ، والصبي إنما حجر عليه لتوهم التبذير منه، والتبذير من السفيه محقق فيجب الحجر عليه نظرا له

والحاصل أن على قول الصاحبين يحجر على السفيه نظرا له وللناس . وقد اختار فقهاء المذهب قولهما للفتوى لاقتضاء المصلحة الأخذ به .

وهما لا يقولان بالحجر على السفيه فى كل التصرفات ، بل التصرفات التى يبطلها الهزل وتقبل الفسخ ، كالبيع والاجارة وجميع التبرعات ، سواء كانت تبرعا ابتداء وانتهاء أم تبرعا ابتداء فقط فتبرعات السفيه كلها باطلة بطلانا كليا ومعاوضاته متوقفة على اجازة القاضى فينفذ مالا ضرر فيه ويبطل مافيه الضرر والآن تقوم المجالس الحسبية مقام القاضى ، فهى التى تعين القيم على السفيه وقد قيدت تصرفاته بالمادتين (٢١ و ٢٤) وجعلته خاضعا لاحكام قانونها بما فيه النظر للمحجور عليه

وأما التصرفات التى تصح مع الهزل ، كالزواج والطلاق ، فالسفيه غير محجور عليه فيها ، لكن المهر يجب ألا يزيد على مهر المثل ، بل يلغى الزائد ، لبطلان التزامه ، لأنه تبرع ، قال فى شرح أصول فخر الاسلام : وإنما لم يثبت الحجر فى حق الطلاق والعتاق والنكاح ونحوها . لأن المحجور عليه لسبب السفه فى التصرفات كالهازل ، فإنه يخرج كلامه على غير نهج كلام العقلاء لقصده اللعب به دون ماوضع الكلام له ، لا لنقصان فى عقله، فكل تصرف لا يؤثر

فيه الهزل، كالنكاح والطلاق، لا يؤثر فيه السفه أيضا، وكل تصرف يؤثر فيه الهزل، وهو مما يحتمل الفسخ، يؤثر فيه السفه، اهـ.

غير أنه استثنى وصية السفيه فى سبل الخير ووقفه على نفسه وأولاده من بعده. قال فى التبيين: وان أوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله ان كان له وارث، وهذا استحسان، والقياس ألا تجوز وصيته كما فى تبرعاته حال حياته. وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كيلا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره، وذلك فى حياته، أما بعد موته فلا حاجة به الى المال ولا ضرر بالوارث، لأن حقه فى ثلثى التركة؛ وفى هذه الوصية ما فيها من الثواب والذكر الحسن، فان كانت الوصية فى غير سبل الخير فلا تنفذ اهـ ملخصا.
وفى رد المحتار ان وقف السفيه على نفسه ثم على ولده ثم على جهة بر لا تنقطع وقف صحيح لأنه لا ضرر فيه بل فيه صون ماله له.

ولتنظر بقية أحكام تصرفات السفيه فى كتب الفروع كالتبيين والدُّر المختـار.

وبعد أن اتفق الصاحبان على الحجر على السفيه اختلفا، هل يثبت بنفس السفه، أو لا بد من حكم القاضى؟ قال محمد بالأول، لأن السفه نظير الجنون والعته والصغر والرق، والحجر يثبت بنفس هـذه الأشياء من غير حاجة الى قضاء القاضى فكذلك السفه، وذلك لأن كل واحد من هذه الأشياء علة للحجر ووجود العلة يستلزم وجود معلولها. وقال أبو يوسف بالثانى فلا يصير السفيه محجورا عليه الا بحجر القاضى، وذلك لأن الحجر عليه لمعنى النظر له، وهو متردد بين النفع والضرر، فكان لا بد من قضاء القاضى لأجل الترجيح (يوضحه) أن السفه ليس بشىء محسوس، وانما يستدل عليه بآثاره بخلاف الأشياء المقيس عليها، ولأن الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت إلا بقضاء القاضى

رفعا للخلاف . ولو كان الحجر من وقت السفه، لكان فيه إضرار بمن عاملوه قبل أن يتبين لهم حقيقة أمره ، وهذا لا يجوز لما فيه من التغرير بالناس،فكان لابد من حجر القاضى عليه ليعلم الناس بذلك فيكفوا عن معاملته . ولايرتفع الحجر عنه الا برفع القاضى اياه . خلافا لمحمد ، فانه قال بارتفاعه بزوال السفه لأن العلة تدور مع معلولها وجودا وعدما . وقول أبى يوسف هو المعمول به، لأنه أضبط ولما فى العمل به من منع الاضرار بالناس وعليه فجميع تصرفاته قبل حجر القاضى صحيحة نافذة ، وبعد الحجر تكون على التفصيل المتقدم من بطلان أو توقف على الاجازة حتى يرتفع الحجر برفع القاضى . وأما محمد فانه يجرى أحكام السفه من ابتداء وجوده حتى يزول ، فاذا زال عادت إلى التصرفات صحتها ونفاذها بدون توقف على فعل قاض . والمجالس الحسبية هى التى تقوم الآن بالحجر على السفيه ورفع الحجر عنه ، وليس هذا من باب القضاء بالمعنى المصطلح عليه لعدم وجود الخصومة وطرفيها جميعا ، وانما ذلك فى الحقيقة من مسائل الحسبة ، والتعاون على البر والتقوى ، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

ولما كان منع الضرر عن الانسان والناس قد اتخذ أساسا للحجر قال الصاحبان بالحجر على ذى الغفلة ، وهو الذى لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه مع كونه غير مفسد ولا قاصد للفساد كذلك قالا بالحجر على المدين إذا طلب ذلك غرماؤه . والتفصيل فى كتب الفروع .

الاكراه

معناه فى اللغة حمل الانسان على ما يكرهه . ومعناه فى الشرع فعل يوجد من شخص فيحدث فى شخص آخر معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذى طلب

منه . والشخص المدفوع يسمى مكرها (بفتح الراء) وفاعلا ، ولمنع الاشتباه نستعمل هنا لفظى الحامل والفاعل بدل لفظى المكره والمكره كما فعل صدر الشريعة — والاكراه نوعان ، ملجىء، وغير ملجىء :

فالملجىء يكون بما يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، أى يجعل الفاعل غير راض ولا مستحسن لما يفعله ، ويجعل اختياره غير مستقل ، بل يكون مبنيا على اختيار الحامل . وهذا النوع من الاكراه يكون بالتهديد باتلاف النفس أو عضو من الأعضاء ، أو بضرب يخشى منه على نفسه أو على عضو من أعضائه التلف . وغير الملجىء يكون بما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ، بأن يتمكن معه الفاعل من الصبر على ما هدد به عادة ، وذلك بالحبس أو القيد أكثر من يوم أو الضرب الذى يطيقه ولا يتلف شيئا من بدنه ، وكذا الاكراه بحبس الوالدين والأولاد ونحو ذلك مما يحدث غما فى النفس وتفويتا للرضاء . ومن المشاهد أن الناس ليسوا سواء فى احتمال الأذى ، بل الشخص الواحد يختلف تأثره باختلاف أحواله من صحة ومرض وغير ذلك ، فالواجب الرجوع عند اشتباه الأمر فى كون ما حصل من التهديد اكراها أو غير اكراه وكونه ملجئا أو غير ملجىء إلى تقدير الحاكم ، اللهم إلا إذا كان الاكراه باتلاف نفس أو عضو فانه اكراه ملجىء بلا ريب ، ولا عبرة بشذوذ من شذ من بعض الأشخاص فانه خارج عن سنن الطبيعة البشرية .

ولا يكون الاكراه معتبرا الا إذا كان الحامل قادرا على ايقاع ما هدد به، وأن يغلب على ظن الفاعل أنه يوقع به ذلك ان لم يفعل ، وأن يكون ممتنعا عن فعل ما أكره عليه لولا الاكراه بحيث لو ترك ونفسه لم يفعله. ونقل فى التنوير عن منية المفتى أن أمر السلطان اكراه وان لم يتوعده ، وأمر غيره ليس باكراه الا أن يعلم المأمور بدلالة الحال أنه لو لم يمتثل أمره يقتله أو يقطع يده (مثلا)

أو يضربه ضربا يخاف منه على نفسه أو تلف عضوه اهـ . قال فى الدر ، وبه يفتى ، ونقل فى الدر عن البزازية أن الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه اهـ قال فى الحاشية : يعنى ان قدر على الايقاع اهـ . وقال فى الدر فى موضع آخر نقلا عن مجمع الفتاوى : منع امرأته المريضة عن السير الى أبويها الا أن تهبه مهرها فوهبته بعض المهر فالهبة باطلة لأنها كالمكره . ثم قال فى الدر : قلت : ويؤخذ منه جواب حادثة الفتوى ، وهى زوج بنته البكر من رجل فلما أرادت الزفاف منعها الأب إلا أن يشهد عليها أنها استوفت منه ميراث أمها . فأقرت ، ثم أذن لها بالزفاف . فلا يصح اقرارها لكونها فى معنى المكره ، وبه أفتى أبو السعود مفتى الروم اهـ . قال فى الحاشية : وكذلك الرملى وغيره ، ثم قال : وأنت تعلم أن البيع والشراء والاجارة كالاقرار والهبة ، وإن كل من يقدر على المنع من الأولياء كالأب ، للعلة الشاملة فليس قيدا ، وكذلك البكارة ليست قيدا كما هو مشاهد فى ديارنا من أخذ مهورهن كرها عليهن حتى من ابن ابن العم وان بعد وإن منعت أضربها أو قتلها .

والاكراه بنوعيه لا ينافى أهلية الوجوب ولا أهلية الاداء ، وذلك لبقاء الاختيار معه ، وان كان اختيارا فاسدا فى الاكراه الملجىء فيتوجه الخطاب إلى المكره فى هذه الحالة ، بدليل أن من أفعاله ما هو حرام بالاجماع كالقتل والزنا ، ومنها ما هو فرض كشرب الخمر وأكل الخنزير ، ومنها ما هو مرخص فيه كاتلاف مال الغير والافطار فى رمضان واجراء كلمة الكفر وقلبه مطمئن بالايمان ، فثبوت هذه الأحكام دليل توجه الخطاب . ولو سقط الاختيار مع الاكراه لتعطل الاكراه ، لأن الاكراه فيما لا اختيار فيه لايتصور . كما لو أكره الطويل على أن يكون قصيرا ، والقصير على أن يكون طويلا .

واذا ثبت أن الاختيار باق مع الاكراه ، فان كان يمكن اعتبار الفاعل

آلة للحامل فيه انتقل الفعل الى الحامل ، كالاكراه على القتل ، وإن كان لا يمكن ذلك اقتصر الفعل على فاعله وترتب عليه حكمه على التفصيل الآتى . وهذا هو قول أصحابنا رحمهم الله .

وقال الشافعى رحمه الله : ان كان الاكراه بحق ، كاكراه المدين على بيع ماله لإيفاء الدين، فلا تنقطع نسبة الفعل الى فاعله شرعا فيصح بيعه . وان كان بغير حق ، وكان على قول أو فعل يباح مع الاكراه ، فان أمكن نسبة الفعل الى الحامل نسب اليه ، كالاكراه على اتلاف مال الغير ، فيضمن الحامل ، وان لم يمكن نسبة الفعل إلى الحامل كان لغوا ، فلا يترتب عليه أثره ، وذلك كالاكراه على الطلاق أو البيع أو نحو ذلك . وعلل ذلك بأن صحة القول بقصد المعنى ، وصحة الفعل باختياره ، والاكراه يفسد القصد والاختيار ، وأيضا فى نسبة الحكم إلى الفاعل بلا رضاه الحاق الضرر به ، وهو غير جائز لأنه معصوم محترم الحقوق ، والعصمة تقتضى أن يرفع عنه الضرر بدون رضاه، لئلا تفوت حقوقه بدون اختياره . ثم إذا قطع الحكم عن الفاعل فان أمكن نسبة الفعل الى الحامل ، كالاكراه على اتلاف مال الغير نسب اليه . وان لم يمكن بطل الفعل ، كالاكراه على الاقرار وسائر الأقوال اهـ .

وان كان الاكراه على فعل لا يباح شرعا كالقتل فلا يقطع الحكم عن الفاعل فيقتص منه

والحاصل أن الشافعى رحمه الله لم يرتب على الاختيار الفاسد حكم الاقوال وبعض الافعال . وأبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله بنوا عليه بعض الاحكام ، ومنها التصرفات الانشائية التى تصح مع الهزل ، كالطلاق ، قياسا على الهزل ، لان الحكم غير مقصود فى الهزل أصلا ، وأما فى الاكراه فقد يكون مقصودا

ارتكابا لأخف الضررين . والعمل الآن عندنا على عدم وقوع طلاق المكره عملا بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ولأذكر أحكام الاكراه بالتفصيل على مذهب أصحابنا فأقول :

تقدم أن الاكراه إما ملجىء وإما غير ملجىء ، والشيء المكره عليه إما قول واما فعل ، والقول اما خبر أو إنشاء ، والانشاء اما أن يقبل الفسخ ويبطله الهزل أولا ، والفعل اما أن يباح ويحل مع الاكراه أو يحرم أو يرخص فيه .

فان كان الاكراه على قول هو اقرار كان اقرارا باطلا لا يؤخذ به المقر ، وذلك لأن الاقرار جعل حجة حالة الاختيار ترجيحا لجانب الصدق على جانب الكذب وعند الاكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لوجود القرينة الدالة على أن المقر يريد دفع الضرر عن نفسه . ويستوى فى ذلك الاكراه الملجىء وغير الملجىء .

وان كان على قول انشائى من التصرفات التى تقبل الفسخ ولا تصح مع الهزل كالبيع والاجارة . كان التصرف فاسدا ، سواء أكان الاكراه ملجئا أم غير ملجىء ، وذلك لفقدان الرضا وهو شرط لصحة هذه التصرفات .

وان كان التصرف مما يصح مع الهزل ولا يقبل الفسخ ، كالطلاق والزواج فالتصرف صحيح يترتب عليه أثره كما تقدم .

وان كان الاكراه على فعل فتحت هذا ثلاثة أقسام ، وكلها لا يؤثر فيه إلا الاكراه الملجىء ، وأما غير الملجىء فلا تأثير له فيها :

(القسم الأول) ما يحل فيه شرعا اقدام الفاعل على ما أكره عليه ، بل يفترض عليه ذلك . كالاكراه على شرب الخمر ، وأكل الميتة ، وأكل لحم الخنزير

حتى إذا امتنع عن تناول ما أكره على تناوله منها وصبر حتى قتل أو أتلف كان آثما ، وذلك لأن هذه الأشياء مباحة فى حالة الاضطرار ، واهلاك النفس أو اتلاف العضو بالامتناع عن المباح حرام . قال تعالى « انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه . ان الله غفور رحيم » وقد تكرر هذا فى عدة آيات من الكتاب العزيز استثنى فى كل واحدة منها حالة الضرورة ، والمستثنى يكون أبدا على خلاف حكم المستثنى منه لا محالة ، فيحل المستثنى ، ولم يفصل بين أن تكون الضرورة بسبب المخمصة أو الاكراه (فتناول النص باطلاقه النوعين جميعاً) .

(القسم الثانى) ما يرخص فيه شرعا الاقدام على مباشرة ما أكره عليه ، لكن الأخذ فيه بالعزيمة أفضل ، وهو فعل كل ما به استخفاف بالدين وارتداد عنه ، سواء أكان بعمل اللسان أم بغيره من سائر الجوارح ، فقد رخص الله تعالى فيه مع طمأنينة القلب بالايمان رحمة منه بعباده الضعفاء ممن لا عزم لهم ، قال تعالى « الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان » : وقد ابتلى بذلك اثنان من الصحابة وهما عمار بن ياسر وخبيب بن عدى رضى الله عنهما . فأما عمار فقد أطاع وقلبه مطمئن بالايمان ، وقد أقره النبي ﷺ على ما فعل . وأما خبيب فانه صبر حتى صلب بعد أن أظهر من قوة العزيمة ما فت فى عضد المشركين وأكبر من نفوس أصحاب محمد ، وأوهى من نفوس أعداء الاسلام وقد قال فيه النبي ﷺ « خبيب سيد الشهداء » لما أظهره من اعزاز دين الله واغاظة المشركين بامتناعه بشمم واباء من انالتهم ما طلبوه منه وجاد بنفسه فى سبيل الله . ومما قاله فى ذلك رضوان الله تعالى ورحمته وبركاته عليه .

ولست أبالي حين أقتل مسلما على أي جنب كان في الله مصرعي
وذلك في ذات الآله وان يشأ يبارك على أوصال شلو ممزع

ومما ألحقوه بهذا القسم الاكراه على العبث بحقوق الله تعالى ، كالاكراه على افساد صوم رمضان حالة الاقامة ، والاكراه على ترك الصلاة المكتوبة ، وكذلك الاكراه على اتلاف مال الغير . فان صبر في كل ذلك حتى وقع به المكروه كان مثابا مأجورا ، وان فعل رخص له ذلك ، ويكون ضمان المال المتلف على الحامل ، لأن الفاعل يصلح آلة له في الاتلاف . فكأن الحامل هو المتلف .

(القسم الثالث) ما لا يباح بحال من الأحوال . كالاكراه على قتل النفس المعصومة ، فان فعل كان آثما بالاجماع ، ويقتص من الحامل فقط على قول أبي حنيفة ومحمد ، لأن الفاعل يعتبر كآلة له في هذه الحالة . وقال زفر يقتص من الفاعل وحده لأنه هو المباشر للقتل ولأنه يأثم به . وقال الشافعي يقتص منهما جميعا ، أما الحامل فلأنه السبب ، وأما الفاعل فلأنه المباشر . وقال أبو يوسف لا يقتص من واحد منهما ، لأن الحامل متسبب غير مباشر ، والفاعل مدفوع الى القتل حرصا على حياته ، فتمكنت الشبهة من الجانبين ، والدية تجب على الحامل لأن الفاعل يعتبر آلة له فعذره قائم . وقول أبي حنيفة ومحمد هو المفتى به .

وحرمة أطراف الانسان كحرمة نفسه ، حتى لو أكره على قطع يد غيره لا يرخص له في قطعها كما لا يرخص له في قتل نفسه ، ولو قطعها يأثم القاطع ، ويجب القصاص على الحامل كما تقدم .

والزنا لا يرخص فيه مع الاكراه كما لا يرخص فيه في حالة الاختيار ، لأن حرمته لا ترتفع بأي حال ، فاذا زنى مكرها باكراه ملجىء كان آثما

بالاجماع لكن لا يحد حد الزنا على قول الصاحبين وقول أبى حنيفة الثانى ، خلافا لزفر ولأبى حنيفة فى قوله الأول ، وهذا بالنسبة الى الرجل ، وأما المرأة فان أكرهت على الزنا فطاوعت سقط عنها الحد مطلقا ، وأما ذلك الفعل الشنيع الذى هو أقبح وأقذر من الزنا فلا يرخص فيه أصلا .

وانظر بقية أحكام الاكراه فى كتب الفروع .

ومما ينبغى ذكره هنا ما حكاه ابن القيم من أن رجلا تزوج امرأة وأراد سفرا ، فأخذه أهلها ، فجعلها طالقا إن لم يبعث بنفقتها الى شهر ، فجاء الأجل ولم يبعث اليها بشىء ، فلما قدم خاصموه الى أمير المؤمنين على كرم الله وجهه، فقال اضطهدتموه حتى جعلها طالقا فردها عليه . ومعلوم أنه لم يكن هذا اكراه بضرب ولا أخذ مال ، وانما طالبوه بما يجب عليه من نفقتها ، وذلك ليس باكراه ، ولكن لما تعنتوه باليمين جعله مضطهدا ، لأنه عقد اليمين ليتوصل إلى قصده من السفر فلم يكن حلفه عن اختيار ، بل هو كالمحمول عليه ، والفرق بينه وبين المكره أن المكره قاصد لدفع الضرر باحتمال ما أكره عليه ، وهذا قاصد للوصول إلى حقه بالتزام ما طلب منه ، وكلاهما غير راض ولا مؤثر لما التزمه ، وليس له غرض فيه اهـ . أقول : ولعل هذا هو أشبه شىء بما يسمونه بالاكراه الأدبى ، أو هو هو .

تتمة

في الأهلية اللازمة لصحة التكاليف الشرعية كلها بالتفصيل من عقائد وعبادات ومعاملات ومايتصل بذلك .

العقائد والعبادات

يشترط لـكل منها الأهلية الـكاملة غير أن فى الزكاة خلافا مبنيا على أنه هل المقصود منها المال فتجب فى مال المجنون والصبي أو المقصود الأداء والفعل من المكلف فلا تجب الا على تام الأهلية ذهب جمهور الفقهاء الى الأول وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى الثانى ولعله الراجح انظر صفحة ١١٥ .

المعاملات ومايتصل بها

تنقسم العقود والتصرفات إلى مجموعات يقوم بكل منها عرض ذاتى تتحقق به وحدتها النوعية ، وهاك تلك المجموعات وبيان الأهلية فى كل منها .

(ا) المعاوضات : وهى إما مبادلة مال بمال ، أو مبادلة مال بمنفعة ، أو مبادلة مال بغير مال ولامنفعة بالمعنى الذى اصطلح عليه الفقهاء . وتنتظم هذه المجموعة مايأتى : —

البيع والشراء . المقايضة . السلم . الصرف . الاستصناع (١) . الصلح عن

(١) البيع هو مبادلة المال بالمال ، فان كان المبيع عينا والبدل المقابل له من النقود ونحوها مما يتعلق بالذمة ، فهذا هو البيع المطلق ، وإن كان المبيع من الأشياء التى تتعلق بالذمة وكان مؤجلا والبدل المقابل له حال فهذا هو السلم ، وإن كان بيع عين بعين فهذا هو المقايضة ، وإن كان البيع نقدا بنقد فهذا هو الصرف . والاستصناع هو طلب عمل شيء خاص مادته من الصانع ، ولكل من هذه الأنواع شروط وأحكام يرجع اليها فى مظانها .

إقرار [١] . القسمة . الايجار والاستئجار ، والمؤاجرة . الزواج . الخلع [٢] .

ويلاحظ فى عقود المعاوضات أن فيها التزاما من الجانبين ، ولذلك كان كافيا لانعقادها أهلية الأداء القاصرة ، فتنعقد من الصبي المميز ، والمعتوه الذى فى حكمه ، وأما النفاذ فتشترط له الأهلية الكاملة، أو الاذن أو الاجازة المعتبران [٣] من ولى المال ، وكذلك تنفذ باجازة الصبي بعد بلوغه ، والمعتوه بعد افاقته ، واذا أبى الولى اجازتها مع تحقق المصلحة لكل من الصغير والمعتوه المميزين فى نفاذها قام القاضى مقامه فى ذلك دفعا لظلمه وتعنته ، ولا يعترض على هذا بأن ولاية كل من الأب والجد وأوصيائهما ولاية خاصة ، وولاية القاضى ولاية عامة ، والولاية الخاصة مقـدمة على الولاية العامة ، فكيف يكون هذا ؟ لا يقال هذا ، لأن القاضى لا يتصرف فى هذه المسألة وأشباهها كعضل الولى من حيث سلطته الولائية ، بل من حيث سلطته القضائية ، التى يملك بها دفع

---

(١) الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتنازعين بتراضيهما ، فان كان المدعى عليه مقرا بالحق المدعى فهو صلح عن إقرار، وإن كان منكرا إياه لكنه يلتزم بدفع شيء للمدعى قطعا للخصومة ، وفداء لليمين فهو صلح عن إنكاره ، والأول معاوضة من الجانبين ، وقد يتضمن إسقاط بعض الحق فى بعض صوره ، والثانى معاوضة بالنسبة للمدعى ، وفداء لليمين فى نظر المدعى عليه ، فكان مايؤديه المدعى عليه الى المدعى فى حكم التبرع بالنسبة له .

(٢) الخلع هو إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو بما فى معناه ، وهو يمين من جانب الرجل ، ومعاوضة من جانب المرأة .

(٣) بألا يكون فى المعاوضة غبن فاحش بالصغير والمعتوه والا كان العقد باطلا

الظلم عن المظلومين ، والضرب على أيدى المتعنتين[1]. غير أنه يلاحظ فى الصلح عن اقرار أنه لاينفذ اذا تضمن اسقاط حق للصغير أو المعتوه، لأن هذا الاسقاط تبرع ، وهو يعتمد الأهلية الكاملة ، وكذا لاينفذ التزام الصغيرة المعتوهة والسفيهة بدل الخلع . لأن كل واحدة منهن ، وان كانت قد ملكت عصمتها بعقد الخلع وخلصت لها نفسها ، فان الفقهاء يعتبرون ماتلتزم به من بدل الخلع لمخالعها تبرعا ، وإن كان معاوضة بحسب الظاهر ، ويقولون ان البضع انما يتقوم حال الدخول لا حال الخروج ، ولذا كان المهر معاوضة محضة بخلاف بدل الخلع فهو بالنسبة لهؤلاء تبرع ، وقد بنوا حكمهم فى خلع المريضة على هذا الأساس. وهذا هو مذهب أبى حنيفة وأصحابه وفيه خلاف غيرهم لهم

وقالوا أيضاً يجوز لولى الصغير الزيادة على ما سمى من المهر ولو بعد العقد ولا يجوز لولى الصغيرة حط شىء من مهرها ، مع أن الكل تبرع ، وقد بحثت هذه المسألة بما لا مزيد عليه فى كتابى الأحوال الشخصية المطبوع سنة ١٩٢٥

والشفعة : من توابع البيع ، ويشترط لأهلية من يطلبها العقل والبلوغ ، أو الاذن بالخصومة للصبي المميز ، فان كان الشفيع غير أهل للطلب ناب عنه من له الولاية على ماله ، فان لم يطلب الولى الشفعة ، حتى زالت ولايته عن المولى عليه ، سقط حقه فى طلبها .

ومما يلحق بالمعاوضات التخارج ، وهو أن يتفق الورثة على اخراج بعضهم من التركة فى مقابلة مال يأخذه منها أو من غيرها وقد يكون التخارج بصورة البيع أو الصرف أو المقايضة فيسرى عليه أحكام كل ، وقد يتضمن الاسقاط وإذا يشترط فيمن يسقط حقه أهلية التبرع .

---

(١) انظر الفتاوى الهندية ، وعضل الولى فى كتابنا الأحوال الشخصية والمسائل التى يطلق فيها القاضى على الزوج .

(ب) التبرعات : وهي إما تبرعات محضة ، وإما تبرعات ابتداء ومعاوضة انتهاء ، وقد يكون التبرع ضمن عقد معاوضة ، وهو المسمى بالمحاباة . والتبرعات تنتظم ما يأتي :

الهبة [١] . الصدقة . الوصية . الاعارة . القرض . الكفالة ، الحوالة . المحاباة في عقود المعاوضات . ومما يلتحق بها ما يؤديه المدعى عليه إلى المدعى في الصلح عن انكار ، وكذا ما يؤديه المدعى عليه إذا نكل عن اليمين بناء على القول بأن النكول بذل « انظر كتابنا طرق القضاء » . ومنها أيضا الاقرار الذى تدل القرائن على أنه انشاء . وهذه التبرعات كلها ايجابية لأنها تتضمن اعطاء شيء من مال المتبرع لغيره بدون مقابل من مال أو منفعة مقومة بالمال ، ويقابلها التبرعات السلبية ، وهي اسقاط ما للانسان من حق ، وهي المعنون لها بالاسقاطات وستأتي .

هذا ولما كانت التبرعات تصرفات ضارة بمال المتبرع ابتداء وانتهاء ، أو ابتداء فقط ، اشترط لانعقادها الأهلية الكاملة حتى إذا صدرت عن صغير أو معتوه مميزين كانت باطلة بطلانا كليا ، فلا تلحقها الاجازة بأي حال من الأحوال ولا يملك شيئا منها الولى أو الوصى « وانظر ما قالوه في بيع الصغير المميز المأذون له بالتجارة بغبن فاحش ، وجواز ذلك على قول أبي حنيفة وتعليله » وقد ألحقوا بقاصر الأهلية السفيه ، فأبطلوا تبرعاته « راجع عارض

---

(١) اختلف الفقهاء في الهبة بشرط العوض ، أهي هبة ابتداء ومعاوضة انتهاء ، أم هي معاوضة ابتداء وانتهاء . ويتفرع على هذا الخلاف أنها على القول الأول تأخذ أحكام الهبة حتى يقبض الموهوب له الشيء الموهوب قبضا كاملا فبعد ذلك تجرى عليها أحكام المعاوضة وأما على الثاني فتجرى عليها أحكام المعاوضة ابتداء وانتهاء . انظر كتابنا التزام التبرعات ففيه الموضوع مستوفى جدا .

السفه » . وكذا السكران على قول الامام مالك وبعض الفقهاء . وإذا كان التبرع مضرا بحقوق الغير مع قيام أهلية المتبرع الكاملة فانه يتوقف على اجازة من له الحق : وعلى هذا فتبرعات المدين المحجور عليه موقوفة على اجازة الدائنين، وذهب مالك وبعض الفقهاء إلى القول ببطلان تبرعات المدين مطلقا ، سواء أحجر عليه أم لم يحجر ، وإذا تعارض حق الدائن وحق المتبرع له قبل الحيازة قدم حق الدائن حتما « راجع الهبة وغيرها من التبرعات فى كتابنا التزام التبرعات »

وكذا تبرعات المريض مرض الموت ، سواء أكانت قصدا أم ضمنا ، موقوفة على اجازة الدائنين والورثة فيما إذا كان التبرع لوارث مطلقا ، أما إذا كان التبرع لغير وارث فانه ينفذ بعد استيفاء شروطه من ثلث الباقى بعد الديون ويتوقف فيما زاد على اجازة الورثة وهم من أهل الاجازة بعد موت المريض .

ويقول مالك ان تبرعات الزوجة فيما زاد على الثلث موقوفة على اجازة الزوج أو اذنه ، وجعل الامام الليث بن سعد جميع تبرعاتها مهما قلّت موقوفة على رضا زوجها إلا ما كان تافها حقيرا « انظر نيل الأوطار » . وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوجية ليست من أسباب الحجر ، ولا عوارض الأهلية .

وتبرعات المرتد عن الاسلام موقوفة على قول أبى حنيفة ، فاذا عاد إلى الاسلام نفذت وإلا بطلت . وقال الصاحبان بنفاذها . وذهب الجمهور إلى بطلانها « راجع أحكام المرتد » .

ولا يشترط فى كل من الموهوب له والمتصدق عليه والمكفول عنه والموصى له والمستعير الأهلية الكاملة ، بل تجوز الهبة لكل من الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه الذى فى حكمه ، ويقبل ويقبض عن كل واحد من هؤلاء وليه أو وصيه أو من يكون فى كنفه وحجره . وإذا كان الموهوب له صبيا

مميزا أو معتوها كذلك جاز لكل منهما أن يقبل الهبة ويقبض بنفسه كما يجوز ذلك لولى كل منهما أو من يكونان فى تربيته . كذلك تجوز هبة الدين الذى فى ذمة الميت للميت أو لوارثه ، وهذا فى المعنى ابراء . وتجوز الهبة للوارث ، ولغير الوارث غير مقدرة بأى مقدار ما دام الواهب غير مريض مرض الموت ، ولم يمنع من الهبة مانع وتجوز كفالة الدين عن الصبي والمعتوه والمجنون ، وأما المكفول له فعلى القول بأن الكفالة تتم بايجاب الكفيل وحده (وهو المختار فى المجلة العدلية فى المادة ٦٢١) فلا يشترط فيه شىء أصلا . وأما على القول بأنه لا بد من قبوله (وهو المذكور فى المادة ٨٤١ من مرشد الحيران) فانه يشترط فيه الأهلية الكاملة ، أو يكون مأذونا له بالتجارة ، أو ذا أهلية قاصرة مع اجازة وليه الكفالة . وكلا القولين مصحح . والحوالة سواء أكانت مطلقة أم مقيدة [1] يشترط لها الأهلية الكاملة فى المحال عليه « الملتزم بأداء الدين » . ويشترط فى كل من المحيل « المدين » والمحال « الدائن » الأهلية ولو قاصرة لانعقاد الحوالة . ويشترط لنفاذها ما يشترط فى عقود المعاوضات كالبيع واخواته .

وأما الوصية فالأصل أن الشرط فى الموصى هو الأهلية الكاملة مع عدم الحجر ، لكنهم أجازوا وصية السفيه استحسانا فى سبل الخير كما قدمنا ويشترط دوام أهلية الموصى من وقت الوصية إلى وقت وفاته ، فان زالت بجنون أو عته واستمر ذلك ستة أشهر على الأقل بطلت الوصية . وأما بالنسبة

---

(١) الحوالة المطلقة هى ما التزم فيها المحال عليه أداء الدين من ماله الخاص به ، والحوالة المقيدة ما كان التزام أداء الدين فيها من نفس دين المحيل الذى عليه ، أو عين مالية له تحت يد المحال عليه . انظر كتابنا المعاملات المالية الشرعية .

الموصى له (١) فان الوصية تجوز للمعين ولغير المعين ، فان كان الموصى له معينا اشترط وجوده وقت ايجاب الوصية ، وان لم يكن معينا اشترط وجوده وقت موت الموصي وقد حققت ما قالوه فى الوصية للحمل ، والوقت الذى يجب أن يكون موجودا فيه لتصح الوصية . تحقيقا لا مزيد عليه فى (كتابى التزام التبرعات وليراجع تكملة الفتح ، ورد المحتار .

ولا تجوز الوصية للوارث إلا إذا أجازها سائر الورثة ، وهم من أهل التبرع ، على ما ذهب اليه جمهور الفقهاء (وانظر كتابنا التزام التبرعات) كذلك لا تجوز الوصية للقاتل عمدا عدوانا أو خطأ مباشرا ، فلا يحرم من الوصية قاتل الموصى دفاعا عن نفسه ، ولا قاتله تسببا ، وكذلك إذا كان القاتل صبيا أو مجنونا أو معتوها ، وقد استقصيت أقوال الفقهاء فى هذه المسألة فى كتابى المذكور ، وبالجملة فالوصية كما تجوز لذى الأهلية الكاملة تجوز لمن عداه حتى للجنين ، وتتم بعدم الرد ممن له القبول ، كذلك تجوز بالمجهول ، وفى كل سبل الخير والمنافع العامة والأشخاص المعنوية فالأمر فيها واسع النطاق جدا . إذ الشارع حريص على انفاذها ، لما فى ذلك من التقرب الى الله تعالى بفعل الخير ، وتدارك الانسان ما فاته بسبب تقصيره فى أداء واجباته حال حياته وصلة الانسان وبره لمن يحبه بعد موته . ونحو ذلك من الأغراض الصحيحة الجائزة شرعا

وأما الإعارة فقد اكتفوا فى كل من المعير والمستعير بأهلية الأداء القاصرة

---

(١) فرق الفقهاء بين أوصى له ، وأوصى اليه ، فاستعملوا الأول فى تمليك شىء من مال الموصى أو منافعه لمن يشاء ، واستعملوا الثانى فى إقامة الانسان غيره مقام نفسه بعد موته فى بعض شؤون تركته أو كلها ، والنظر على أولاده وهذا معنى اصطلاحى فيجب أن يلاحظ عند الاستعمال

وقالوا : إن الاعارة من توابع التجارة فتجوز من الصبي المأذون له ، لكنهم اختلفوا فى اعارة الأب مال ولده الصغير والمعتوه واعارة الوصى مال اليتيم ، فذهب بعض فقهاء المذهب إلى جواز ذلك استحسانا ، وذهب جمهورهم إلى عدم الجواز أخذا بالقياس

وأما القرض فقد اتفقت كلمتهم على انه يشترط فى المقرض الأهلية الكاملة فاقراض الصبي المميز ولو مأذونا له بالتجارة غير صحيح لأنه تبرع بالمال ابتداء ولا يتم إلا باستهلاك المال المقترض ، بخلاف العارية فانه ينتفع بها مع بقاء عينها ، لذلك تسوهل فيها ما لم يتساهل فى القرض ، لأنه أشد خطرا منها ، ولأن المروءة والعادة قاضيتان باباحة الاعارة ، وقد يعجز المقرض عن استرداد مثل ما أقرضه بعد أن استهلكه المقترض باذن المقرض وأما الاقتراض فهو من حيث انعقاده ونفاذه فى حكم عقود المعاوضات

قالوا : والوصى لا يملك اقراض مال اليتيم ، وكذا الأب على أصح الروايتين ، وأجازوا للقاضى اقراض مال اليتيم لمن يضمنه (أنظر جامع الفصولين وأدب الأوصياء)

ومن التبرعات حفظ الودائع مجانا ، فيشترط فى المودع عنده ، لوجوب حفظ الوديعة عليه ، الأهلية الكاملة ، أو يكون مأذونا له بالتجارة ، أو مميزا محجورا عليه يرضى وليه بحفظه الوديعة . ويكفى فى المودع أن يكون مميزا . فلو كان المودع عنده صبيا مميزا محجورا عليه ، ولم يرض وليه بحفظه الوديعة ، فلا يضمنها بتعديه أو تقصيره فى حفظها (على القول الراجح) إلا إذا كان المودع أيضا محجورا عليه (أنظر أحكام الصغار وأدب الأوصياء)

هذا ـ ولما كان الولد في يد حاضنته سواء أكانت أمه أم غير أمه، كالوديعة

وجب عليها حفظه وصيانته والقيام بتربيته وكل ما يلزمه لزم أن تكون الحاضنة أهلا لذلك ، فاشترطوا فيها البلوغ والعقل والحرية والأمانة والقدرة على حفظه ، وتفصيل هذه الشروط فى باب الحضانة .

ومما يناسب ذكره هنا أنه إذا زوجت امرأة بالغة عاقلة نفسها من صبي مميز أو معتوه بدون إذن ولى زوجها فدخل بها ، ولم يجز وليه العقد ، فلا يجب عليه مهر (على الراجح) لبطلان العقد لعدم الاجازة ، ولا ضمان على الزوج لأن مافعله كان بتسليط المرأة ، وهى أهل لذلك لمكانتها من العقل والبلوغ ، كذلك لا عقوبة على الزوج باعتباره زانيا لبطلان العقد لأنه ليس أهلا لعقوبة الزنا ، إذ شرط إقامة الحد الأهلية الكاملة من العقل والبلوغ ، أما اذا كانت الزوجة أيضا معتوهة أو صغيرة ، والمسألة بحالها فانه يجب على الزوج المهر ضمانا لما فعله وذلك لأن إذن الزوجة له بالدخول بها غير صحيح لقصور أهليتها (انظر كتابنا الأحوال الشخصية المطول) .

ومما يلتحق بالمعاوضات لكن فيه شائبة التبرعات الرهن ، وذلك لأن المرهون مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين (على ماذهب إليه أبوحنيفة وأصحابه ، وفى المسألة خلاف بين الفقهاء) وفيه أيضا معنى الايداع بالنسبة لجزء الرهن الزائد على مايقابل قيمة الدين من العين المرهونة ، لكنهم اكتفوا بأن يكون كل من الراهن والمرتهن مميزا ، فلم يشترطوا فى أحدهما لأجل انعقاد الرهن الأهلية الكاملة ، وعلى ذلك يجوز رهن الصبي المأذون له بالتجارة وارتهانه باعتبار أن الرهن من توابع التجارة ، وأما الصبي المميز المحجور عليه فينعقد كل من رهنه وارتهانه موقوفا على إجازة ولى المال .

وأما المحاباة التى تكون ضمن عقود المعاوضات فانه يشترط لصحتها الأهلية الكاملة وإلا كانت باطلة ، ولم يستثن من ذلك إلا محاباة المأذون له بالتجارة على

قول أبي حنيفة وحــده . ولا تنس أن محاباة المريض تام الأهلية متوقف نفاذها بعد تمامها على اجازة الدائنين والورثة بشروطها المبينة فى تصرفات المريض ، بل قد تبطل محاباته فى حق الدائنين بالغبن اليسير مهما كان قليلا جدا .

ومما يلتحق بالتبرعات الصلح عن إنكار بالنسبة للمدعى عليه . فاذا ادعى شخص على آخر دعوى ولم يكن للمدعى حجة يثبت بها دعواه أمام القضاء لكنه طلب يمين المدعى عليه فعرض عليه المدعى عليه مقدارا من المال يفتدى به يمينه ويقطع به الخصومة والمنازعة جاز ذلك . ويسمى هذا الصنع صلحا عن إنكار . ولما كان شرط أهلية أداء اليمين العقل والبلوغ لم يصح هذا الصلح والفداء إلا من ذى الأهلية الكاملة ، وأما الصبي المأذون له فلا يصح صلحه إذا كان منكرا لدعوى المدعى ، وليس للمدعى بينة ، وإن صحت يمينه فيما هو من شئون التجارة . وبالجملة فان صلح الصبي لا يصح إلا اذا خلا من الضرر البين بماله ، ووليه لا يملك صلحا مضرا به . وكالصبي المعتوه فى كل ذلك .

وقد يساق الكلام بحسب الظاهر بصورة الأخبار لكنه فى الحقيقة يكون انشاء تمليك مبتدأ فان قامت القرائن على ذلك نظر الى جانب المعنى لا الى جانب الصورة ، وإذاً يجب أن يعتبر القول انشاء تبرع وتجرى عليه أحكام التبرعات. وقد مال لهذا بعض علماء المذهب ، وأبقى بعضهم الكلام على ظاهره ، فاعتبره اقرارا وأجرى عليه أحكام الاقرار ، سواء أكان فى حال الصحة أم فى مرض الموت ، ولم يعبأ بهذه الملاحظة الجيدة وذلك النظر الحسن ، لكن المجلة العدلية فى مادتها ١٦٠١ أخذت بالقول الأول ، وانظر تكملة رد المحتار ، وتنقيح الفتاوى الحامدية .

(ج) الاسقاطات : وهى تنقسم إلى قسمين ، اسقاطات فيها معنى التبرع

بالمال ، واسقاطات ليس فيها ذلك المعنى .

فالأولى تشمل الابراء من الدين ، سواء أكان إبراء عاما أم خاصا ، كليا أو جزئيا ، والوقف . والثانية تشمل الطلاق والاعتاق وسائر الحقوق التى ليس فيها تمليك شىء من مال المسقط للمسقط له . وللاسقاط الحقوق بعد وجوبها أو قبل وجوبها ، وما يقبل منها ذلك ، وما لا يقبله . وجواز أخذ العوض مقابل الاسقاط ، وعدم جواز ذلك وآراء الفقهاء فى كل ذلك — بحث واسع النطاق محله المطولات .

ويشترط فى الاسقاط بنوعيه الأهلية الكاملة كالتبرعات تماما ، وذلك لأنه اتلاف للمال ، وتفويت للملك أو الحق من غير عوض مالى .

ويتم الابراء بالايجاب وحده ، لما فيه من معنى الاسقاط ، لكنه يرتد بالرد ، لما فيه من معنى التمليك . واختلف فى الرد هل يشترط فى المجلس فلا يجوز بعده أولا يشترط فيجوز ؟ والقولان مصححان .

وأما الوقف فعلى قول أبى حنيفة حكمه حكم العارية ، إلا ما استثنى لاعتبارات أخرى محل بيانها فى مواضعها ، وعلى قول محمد حكمه حكم الصدقة المنجزة فلا يتم إلا بالقبض كالهبة تماما ، والذى يقبض هو ناظر الوقف ، وبه أفتى كثير من المشايخ ، وعلى قول أبى يوسف حكمه حكم العتق فيتم بالايجاب وحده ، وهذا هو القول الراجح المعمول به ، لكن الوقف أصبح غير لازم عندنا قضاء إلا بعد استيفاء الاجراءات التى بينها قانون المحاكم الشرعية .

وعلى كل من هذه الأقوال الثلاثة يشترط فى الواقف الأهلية الكاملة . لكنهم أجازوا وقف السفيه على ما بيناه فيما مضى . والواقع أن السفيه ذو أهلية تامة لكن حجر عليه على قول جمهور الفقهاء منعا لضرره ، فاستثناء وصيته ووقفه استثناء وجيه لا تأباه علة الحجر عليه . ووقف المريض حكمه حكم سائر

تبرعاته ، وفيه تفصيلات يرجع إليها فى أحكام الوقف . كذلك المحجور عليه لأجل الدين يكون وقفه موقوفا على اجازة الدائنين ، وليس بباطل لقيام أهليته الكاملة . وكذلك وقف الزوجة مالها كله أو بعضه فان فيه الخلاف المتقدم فى الهبة وكذلك المرتد فان وقفه موقوف على عوده إلى الاسلام ، أما اذا وقف وهو مسلم ثم ارتد عن اسلامه فان وقفه يبطل لأن الوقف من أعمال الخير التى يتقرب بها إلى الله ، وبالردة قد حبط كل عمل خيرى له. وفى هذه المسألة بحث .

وأما المدين غير المحجور عليه ، فعلى ما نص عليه فى المذهب وبمقتضى قواعده يكون وقفه صحيحا نافذا لازما ولا تأثير لكونه مدينا فى ذلك ، إذ الدين متعلق بذمته مادام صحيحا غير مريض ، لكن نقلوا عن المفتى أبى السعود أن وقفه ضامن لما عليه من الديون إن لم يكن له مال آخر يفى بديونه التى كانت شاغلة لذمتـه وقت الوقف ، وهذا موافق لمذهب مالك فى التبرعات كلها على ماقدمنا . وقد نصت المادة (٥٣) مدنى على أنه لايجوز لأحد أن يقف ماله اضرارا بدائنيه ، فان فعل كان وقفه لاغيا .

بقى ما لو وقف وهو غير مدين ، لكنه أصبح مدينا بعد ذلك . وفى هذه الحالة لايبطل وقفه على مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، ولا على ماجاء فى القانون المدنى ، لأن مفهوم المادة يقضى بهذا مالم يوجد منطوق يعارضه . وأما على مذهب مالك فان حكم الدين اللاحق للتبرع كحكم الدين السابق عليه إذا كان قبل الحيازة ، أما بعد الحيازة فلا تأثير للدين الطارىء فى التبرع (راجع كتابنا التزام التبرعات) .

هذا — وقد نقل فى الفتاوى الهندية عن بعض الكبار من فقهاء المذهب أن وقف الصبي يصح إذا أذن له القاضى . وهذا القول من الغرابة بمكان تنبو عنه قواعد المذهب ، وتأباه كل الإباء ، ثم ما حدود سلطة القاضى فى مثل هذا

وأية طريق يسلك ، وهذا القول لم يعرج عليه أحد ، بل ردوه على قائله .

ويشترط فى الزوج المطلق لوقوع طلاقه أن يكون بالغا عاقلا ، وزيد على ذلك فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ألا يكون مكرها ولا سكران . وفى هذين اختلاف الفقهاء . ولا يجوز للولى أن يطلق عن الزوج الذى هو فى ولايته ، ولا للسيد أن يطلق عن عبده ، إذ الطلاق حق للزوج ثم لمن ينوب عنه بوكالة ، أو تفويض منه . وللقاضى أن يطلق على الزوج فى المواضع التى له فيها ذلك شرعا (راجع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠) .

كذلك أهلية العتق يشترط فيها أن تكون كاملة ، وللعتق أحكام وتفصيلات كثيرة جدا مبينة فى مواضعها من الكتب الفقهية .

(د) الاطلاقات — وهى تشمل الوكالة ، والاذن للصبى أو المعتوه أو العبد بالتجارة ، وكل أنواع الولايات سواء أكانت ولاية على النفس والمال جميعا ، أم على النفس فقط ، أم المال فقط كولاية الوصى ، ومنها ولاية ناظر الوقف ، والمشرف على كل من الوصى وناظر الوقف ، كذلك تشمل الامامة العظمى التى هى رأس الولايات وينبوعها ، وولاية القضاء ، والتحكيم ، والشهادة.

وقد تقدم القول فى الاذن للصبى بالتجارة ، وفى حكمه المعتوه ، وكذا الكلام فى أهلية الولى ، والوصى ، وفى حكمها ناظر الوقف ، حتى إذا كان وقت التولية صغيرا فلا يسند إليه شىء من أمور الوقف حتى يبلغ رشيدا ، والمشرف يجب فيه الأهلية الكاملة حتى يستطيع القيام بما كلف به . وأما شروط الامامة العظمى فهى مبينة على التفصيل فى كتب الكلام كالمقاصد والمواقف ، وفى كتب الأحكام السلطانية التى موضوعها القانون الادارى والمالى وما يتعلق بحفظ الأمن والنظام العام فى الممالك الاسلامية ، وقد كتبت مقالا مسهبا فى

الخلافة وشروطها نشر في مجلة القضاء الشرعي . ولنذكر هنا ما يتعلق بأهلية الوكالة والقضاء والتحكيم والشهادة .

الوكالة : — يشترط في الموكل أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه ، فلا يصح التوكيل من الصبي العاقل بشيء من التبرعات ، أو الاسقاطات ، كالهبة والابراء من الدين ، ويصح بالتصرفات النافعة نفعا محضا بدون إذن الولي كقبول الهبة وقبض الشيء الموهوب ، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع ونحوه من متعلقات التجارة والاكتساب فتوكيله فيها نافذ ان كان مأذونا له بالتجارة ، وإلا كان موقوفا على الاجازة ، ويكتفى في الوكيل بأهلية الأداء القاصرة ، لكن لا تلحقه العهدة إلا إذا كان مأذونا له بالتجارة ، أو أذن له وليه أو وصيه بقبول الوكالة ، فهو في هاتين الحالتين في حكم تام الأهلية .

القضاء : — يشترط في القاضي الأهلية الكاملة من الحرية والعقل والبلوغ ، ولا تشترط الذكورة إلا في القضاء في الحدود والقصاص ، وأما ماعدا هذين فيجوز فيه قضاء المرأة العاقلة البالغة عند أبي حنيفة وأصحابه خلافا للائمة الثلاثة (انظر فتح القدير) وذهب محمد بن جرير الطبري إلى أن قضاء المرأة جائز في كل شيء (انظر كتابنا أحكام المرأة) . وأما اشتراط كون القاضي مجتهدا فقد استقر الأمر أخيرا على جواز قضاء المقلد بشروط مبنية في الكتب الفقهية ، بل قالوا بجواز قضاء القاضي الجاهل ، ويستفتي غيره من العلماء ، وقد استوفيت القول في هذه المسألة في كتابي «المرافعات الشرعية الكبير» بما لامزيد عليه .

التحكيم : — أهلية الحكم كأهلية القاضي ، وليس بين القاضي والحكم فرق إلا أن القاضي له ولاية عامة على جميع الرعية على حسب ماهو مرسوم له

فى تعيينه، وأما الحكم فولايته خاصة لا تعدو من تحاكموا إليه ورضوا حكومته.

(تنبيه) لا يشترط فى المفتى الذكورة ولا الحرية. وذلك لأنه ينقل حكم الشرع فى المسألة ويخبر المستفتى به بدون الزام، وهذا هو الفرق بينه وبين القاضى، ونقل أحكام الشرع جائز بالاجماع بواسطة الأحرار والأرقاء، والذكور والأناث على ما هو مبين فى كتب علم السنة، وعلى ذلك يجوز أن يكون المفتى أمة سوداء.

الشهادة: — إن كانت على الحدود والقصاص يشترط فى الشهود كلهم الذكورة مع الحرية والعقل والبلوغ وفيما عدا هذين يجوز شهادة امرأتين ورجل، لكن فى المسائل التى لا يطلع عليها الرجال عادة من شئون النساء كالولادة والبكارة تجوز شهادة امرأة واحدة، وتفصيل هذا الموضوع فى كتابنا طرق القضاء وكتابنا أحكام المرأة بما لا يمكن المزيد عليه.

الدعوى والجواب عنها: — يشترط لأهلية الدعوى فى كل من المدعى والمدعى عليه لأجل صحة الدعوى والجواب عنها بنفسه، أن يكون كل منهما عاقلا بالغا، أو صبيا مميزا مأذونا له من وليه أو وصيه بالخصومة، وفى استخلافه روايتان، والفتوى على أنه يحلف إن كان موضوع الدعوى فى الأشياء الدائرة بين النفع والضرر كالمعاوضات ومتعلقات التجارة[1] انظر كتابنا

---

(١) ولمحكمة الموسكى الجزئية الاهلية حكم اصدرته فى ٢١ مايو سنة ١٩٠٢ جاء فى حيثياته ما نصه.

« من المقرر فى أحكام الشريعة الغراء أن الصبى المميز تصح دعواه متى كان مأذونا له من وليه أو وصيه كسائر أعماله الدائرة بين النفع والضرر. وسن التمييز حسب الأحكام الشرعية هى سبع سنين فما فوق. وبما أنه يرجع فى

المرافعات الشرعية وليلاحظ أن أهلية اليمين التى تترتب عليها المؤاخذة بالحنث هى العقل والبلوغ معا ، فاذا فقد أحدهما فلا حنث ، فلا مؤاخذة .

الاقرار : هو من الحجج الشرعية ، بل هو أهمها لما فيه من الزام الانسان نفسه بنفسه ، ولذلك لم يكن أهلا له الا العاقل البالغ ، وكذا الصبي المأذون له بالتجارة فيما يملكه من شئون التجارة وتوابعها ، والا كف الناس عن معاملته ان لم يعامل باقراره فى شىء من ذلك (انظر كتابنا طرق القضاء) .

(هـ) التقييدات . وهى ضد الاطلاقات كالحجر على المأذون ، وعزل الوكيل وناظر الوقف والوصى ، ومنع الولى من التصرف اذا كان مبذرا سىء التصرف ، وكذا عزل القاضى وسائر عمال الدوله ، والذى يحجر أو يعزل هو الذى له حق الاذن أو التولية ، على ماهو مفصل فى مواضعه من الكتب الفقهية ، ومنع الولى من التصرف يكون من القاضى الذى يملك ذلك بحسب مرسوم توليته ، والآن أصبح هذا من اختصاص المجالس الحسبية .

(و) الشركات : وهى تشمل شركة العنان ، والمفاوضة ، والأعمال ، والوجوه . والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة [١] . وبعض هذه الشركات يتضمن

الأهلية الشخصية الى الحكم الشرعى ، فالمحاكم الأهلية عليها أن تقبل الدعوى من الصبي المميز لأنها مقبوله شرعا كذلك ا هـ

(١) تنقسم الشركة الى شركة ملك وشركة عقد ، فشركة الملك أن يكون شىء مملوكا لاثنين فأكثر ، كأن يموت شخص فينتقل ماله الى ورثته يشتركون فيه على حسب الفريضة الشرعية .. وشركة العقد هى أن يتفق اثنان فاكثر على أمر يعود عليهما بالربح ، وهى أنواع شركة العنان وهى أن يكون لكل من الشركاء جزء من رأس المال بدون أن يشترط التساوى بينهم فى ذلك ويكون تقسيم الربح بينهم وادارة الشركة على حسب الشرط ، وشركة المفاوضة

معنى الاجارة ! وهى دائرة بين أن يكون المال من كل الشركاء ، والعمل عليهم جميعا أو على بعضهم ، أو يكون المال من جانب والعمل من جانب آخر ، وتقسيم الربح فى جميعها يكون على حسب الاتفاق ، الا شركة المفاوضة فهو فيها على التساوى ، اذ أساسها التساوى فى كل شىء يمكن التساوى فيه ، ولذا كانت من دون الشركات متضمنة معنى الكفالة زيادة على تضمنها معنى الوكالة الذى هو شرط أساسى فى كل شركة . وعلى هذا فانه يشترط فى كل واحد من الشركاء

وهى التى تتساوى فيها أموال الشريكين أو الشركاء وتتساوى فيها الأرباح أيضا ، ويشترط ألا يكون لأحد الشركاء مال من جنس مال الشركة خارج عنها ، ولها شروط أخرى مفصلة فى موضعها ، وهذا النوع من الشركة لا يكاد يتحقق وجوده ، بل أنكره بعض الأئمة (راجع كتاب الأم للشافعى) وشركة الاعمال وهى عقد شركة على تقبل الأعمال كأن يشترك اثنان فأكثر على عمل من الأعمال كالنجارة والخياطة وعمل الأحذية ونحو ذلك ، وقسمة الربح تكون على حسب الشرط ، وشركة الوجوه وهى أن يتفق اثنان فأكثر على شراء سلع التجارة نسيئة وتقسيم ما يحصل من الربح بينهم بعد بيع ما اشتروه ، والمضاربة وهى الاتفاق على أن يكون رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر والربح يقسم على حسب الشرط . والمزارعة وهى عقد على زراعة الأرض على أن تكون الارض من طرف ، والعمل من الطرف الآخر ، وأما البذر فقد يكون على أحد الطرفين ، وكذا الآلات والحيوانات اللازمة للزراعة ، والمساقاة وهى عقد على أن تكون الأشجار من طرف ، وخدمتها ، وتعهدها من الطرف الآخر ، والثمر الحاصل شركة بينهما على حسب الشرط ، كما هو حكم المزارعة أيضا ، ولتنظر تفاصيل أحكام الشركات فى الكتب الفقهية . وهى مستوفاة جدا فى المجلة العدلية وشروحها

وفى المضارب ، ورب المال ، والمزارع ورب الارض ، والعامل ورب الشجر، يشترط فى كل من هؤلاء التمييز لأجل انعقاد الشركة وصحة العقد . ويشترط للنفاذ الاذن أو الاجازة على ماتقدم ، غير أن شركة المفاوضة يشترط لانعقادها الاهلية الكاملة فى كل واحد من الشركاء .

الحدود والقصاص وسائر العقوبات البدنيـــة : يشترط لاقامة الحدود والقصاص وجميع العقوبات البدنية من ضرب وحبس الاهلية التامة من العقل والبلوغ فقط ، لكن الصبي المميز يؤدب لأجل الاصلاح فقط لا لأجل العقوبة وقد قدمنا أن كلا من الصبي مميزا أو غير مميز والمعتوه والمجنون أهل للضمان المالى بسبب إتلافه نفسا أو عضوا أو مالا ، لأن ذمة كل صالحة لوجوب ذلك ولا يخلو من المسئولية صيانة للنفوس والأموال فى دار العصمة .

(تنبيه) فى القتل الخطأ تتحمل العاقلة الدية عن القاتل ، وفى هذه الحالة لاتجب الدية إلا على الرجال الأحرار العقلاء البالغين ، وذلك لأن هؤلاء هم أهل النصرة والمؤاخذة ، وفى الالزام بالدية نوع عقوبة لهم ، لكن اذا كان القاتل امرأة أو صبيا أو مجنونا أو معتوها فانه يشارك العاقلة فى الدية فيكون كأحدهم على القول الراجح ، فان لم يكن لأحد هؤلاء عاقلة فالدية فى مال القاتل نفسه ، (أنظر كتاب الديات والمعاقل)

الميراث : يشترط لاستحقاق الميراث قيـــام السبب بالوارث مع انتفاء المانع . وأسباب الارث ثلاثة ، الزوجيـة ، والقرابة ، والولاء . والموانع أربعة ، الرق ، واختلاف الدين بأن يكون أحد الطرفين (الوارث والمورث) مسلما ، والآخر غير مسلم ، والقتل ، واختلاف الدارين على ماهو مبين فى علم المواريث .

(تنبيهات)

(ا) قد يتحد الدين والدار بين الوارث والمورث مع انتفاء مانعى الرق، والقتل ، ومع ذلك لاميراث بينهما وذلك فيما يأتى :

(١) أن يكون الزوجان غير مسلمين لكنهما محرمان ، كمن تزوج بنت أخيه ، فاذا مات أحدهما فلا ميراث بينهما بسبب الزوجية ، وفى قول ضعيف جدا بينهما ميراث

(٢) أن يرتد أخوان (مثلا) معا الى دين غير دين الاسلام ، ثم يموت أحدهما وهما على ردتهما ، فلا ميراث بينهما ، إذ المرتد لايرث غيره ، ولا يقر على ما اختاره دينا له

(ب) إذا أسلم حربى فى دار الحرب ولم يهاجر إلينا ، وله قريب مسلم فى دار الاسلام ، فمات أحدهما فلا ميراث بينهما على رأى ، مع اتحادهما فى الاسلام (أنظر حاشية الفنارى على السراجية)

(ج) إذا مات غير مسلم فى دار الاسلام ، وهو من أهل تلك الدار . وليس له وارث . أو له وارث ، لايحوز كل التركة ، وهو أحد الزوجين . فان ماله كله فى الحالة الاولى ، وما بقى بعد نصيب أحد الزوجين فى الحالة الثانية يكون لبيت المال ، ولا يعترض على هذا بأن المتوفى غير مسلم ، وبيت المال مسلم معنى ، لأن مال هذا المتوفى لايوضع فى بيت المال باعتبـــاره وارثا ، بل باعتباره بيت مال الدولة ، فتوضع فيه الأموال التى ليس لها مستحق معين. أما اذا لم يكن المتوفى من أهل دار الاسلام . فان ماله يحفظ لورثته فى غير دار الاسلام ، أو لدولته إن لم يكن له ورثة ، وذلك لأنه فى حكم الأمانة عندنا ونحن مأمورون بأداء الامانات الى أهلها .

انتهت هذه التتمة الموجزة المهذبة الوافية وأسأل الله تعالى أن ينفع طلاب الحقوق بفهمها .

خاتمـــه

فى تعريف علم أصول الفقه ، وموضوعه ، واستمداده ، وفائدته

تعريف أصول الفقه

قد عرف العلماء « أصول الفقه » بتعريفين (أحدهما) باعتبار التركيب الاضافى (وثانيهما) باعتباره اسما علما على علم مخصوص

(التعريف الأول)

الأصول جمع أصل ، ومعنى الأصل فى اللغة مايبنى عليه غيره ، وما يتفرع عنه غيره سواء أكان حسيا ، أى ماديا كالأساس يبنى عليه الجدار ، أى الحائط أم كان معنويا كالقواعد الكلية تبنى عليها المسائل الجزئية .

ثم استعمل عرفا فى معان كثيرة ، منها الدليل ، وهذا المعنى هو الذى نختاره هنا . وعلى ذلك يكون معنى (أصول الفقه) أدلة الفقه .

والفقه معناه فى اللغة الفهم تقول فقه فلان المسألة (بكسر القاف) أى فهمها وفقه (بضم القاف) أى صار الفهم سجية له . ويطلق الفقه على الفطنة والحذق ومنه سمى ذلك العلم المعروف لأنه يستلزم فهما دقيقا وفطنة وحذقا .

ومعنى الفقه (١) فى الاصطلاح — العلم بالأحكام الشرعية العملية المستفاد من أدلتها التفصيلية . وهو علم مستنبط بالرأى والاجتهاد ، ويحتاج فيه إلى النظر الدقيق والتفكير العميق ، ولهذا لايجوز أن يسمى الله فقيها ، لأن علمه أحاط بكل شىء ، ولا يخفى عليه سبحانه وتعالى شىء . وأما النصوص القطعية الثبوت والدلالة فلا يسمى العلم بها فقها لأنها لا تكلف الناظر أى عناء فى معرفة المراد منها ، والناس فى فهمها سواء

---

(١) طلاب الحقوق يسمون علم الفقه بالشريعة الاسلامية ، وقد درجوا على هذا من زمن بعيد .

وهاك شرح ماجاء فى تعريف الفقه .

فالعلم بالاحكام)أى معرفة الاحكام من وجوب وحرمة وندب وكراهة وإباحة ، وصحة ، وفساد ، وما إلى ذلك (الشرعية) أى الموقوفة على خطاب الشارع ولا تدرك بدونه سواء أكان خطاب وضع أم خطاب تكليف ، وسواء أكان الخطاب بنفس الحكم ، أم كان بنظيره ، ليدخل القياس (العملية) أى المتعلقة بالافعال دون العقائد سواء أكان الفعل من عمل الجوارح كاليد واللسان أم كان من عمل القلب كالنية (الادلة) جمع دليل وهو مايعرف به الشىء بطريق دلالته عليه (التفصيلية) أى الدالة على الحكم مباشرة كدلالة قوله تعالى « لاتقربوا الزنا » على حرمة الزنا ، وقوله تعالى « أقيموا الصلاة » على وجوب الصلاة ، وهكذا

وعلى هذا يكون معنى (أدلة الفقه) أدلة العلم بالاحكام الشرعية العملية المستفادة من أدلتها التفصيلية .

وبيان ذلك أن أدلة الاحكام الشرعية العملية تندرج تحت قواعد كلية تنضبط بها ، ويرتسم بها طريقة استنباط الاحكام من النصوص ، فعلم الأصول يبين أن كل صيغة أمر تجردت عن القرائن تدل على الوجوب ، وكل صيغة نهى تجردت من القرائن تدل على الحرمة ، وكل عام لم يدخله التخصيص يتناول كل أفراده قطعا مع احتمال غيرنا شىء عن دليل ، ولذلك لايعبأ به ولا يلتفت اليه ، وكل عام دخل عليه التخصيص يحمل على مابقى بعد ماأخرجه التخصيص ويتناوله على طريق الظن ولذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد وبالقياس وأن كل نص منسوخ قد بطل العمل به ، وأن الخبر المتواتر يفيد القطع ، وخبر الواحد العدل الذى توافرت فيه الشروط حجة ظنية فيعمل به فى المسائل الفرعية العملية ، وأن الاجماع الصريح حجة قطعية فلا يجوز الاجتهاد بما يخالفه ، وأن الاجماع

السكوتى حجة ظنية عند أكثر علماء الأصول ، وأن القياس حجة ظنية أيضا وهكذا من جميع القواعد التى مرت بك فى كتابنا هذا

فالفقيه الذى يطلب الحكم الشرعى من النصوص أو من الادلة الأخرى يستصحب هذه القواعد كنبراس بيده يضىء له الطريق فلا يضل فى استنباط الاحكام . وجميع الفقهاء الذين التزموا هذه القواعد قد صاروا مقيدين باتباعها وتطبيقها وبهذا يتقارب بعضهم من بعض وتضيق مسافة الخلف بينهم أكثر مما لو تركوا يسيرون فى استنباط الاحكام على غير قواعد تواضعوا عليها والتزموها جميعا وجعلوها موضع الاحترام ، والحكم عند الاختلاف. وهذه فائدة عظيمة جدا الفضل الاول فيها للامام الجليل محمد بن ادريس الشافعى رضى الله عنه بوضعه رسالته فى الأصول التى هى أول كتاب عرف فى هذا العلم وقد لاحظ فيه ماأسلفناه هنا ، ووضع لذلك من القواعد مااستطاع جزاه الله أحسن الجزاء ورضى عنه وأرضاه.

والتعريف الثانى لاصول الفقه ،

أى تعريفه باعتباره اسما علما على علم مخصوص . أحسن تعريف له على هذا الاعتبار قول بعض علماء الأصول (هو العلم بالقواعد التى يتوصل بها الى الفقه) وهذا التعريف ظاهر المعنى بعد معرفة ماقدمناه فى شرح التعريف الأول .

موضوع علم أصول الفقه

تمهيد — موضوع العلم هو مايبحث فى ذلك العلم عن عوارضه الذاتيه أى الصفات والأحوال التى تعرض للشىء لذاته كالصحة والمرض لجسم الانسان والحيوان الذى هو موضوع الطب ، وكالايجاب وغيره مما يعرض لصيغة الأمر

وكالعموم والخصوص والاشتراك والترادف من عوارض اللفظ ، وهكذا

وموضوع علم الأصول هو نصوص الكتاب والسنة الدالة على الاحكام الشرعية بأى دليل من الطرق ، على ماأسلفنا . ويتناول بطريق الالحاق الكلام فى الاجماع والقياس وسائر الادلة الأخرى ، وبطريق الاستطراد الاجتهاد ، ويتبعه التقليد . كذلك يبحث هذا العلم فى أحوال الانسان من حيث توجيه الخطاب الالهى اليه بالتكليف ، ويبحث عن الحكم الشرعى من حيث تعلقه بافعال المكلف ووصفها بالوجوب أو الحرمة أو كان بالصحة والفساد والبطلان وما يستتبع ذلك من المسائل المكملة .

استمداد هذا العلم

علم أصول الفقه عبارة عن مجموعة من القواعد

منهـــا — مايرجع الى اللغة وعلومها فقد نزل الكتاب الكريم باللغة العربية وجاءت بها السنة . فاستمد الأصوليون قواعده من ذلك ليستعان بها على فهم الاحكام من النصوص ، وهى مايسمى بالمباحث اللفظية .

ومنهـــا — مايرجع الى الأدلة القطعية كاثبات أن كلا من الكتاب والسنة والاجماع حجة قطعية لثبوت الاحكام الشرعية ، وأن القياس حجة أيضا يجب الرجوع اليه عند الاقتضاء

ومنهـــا — مايرجع الى أسرار التشريع ووضع الانسان تحت عبء التكليف . وقد استوفى الشاطبي فى موافقاته هذا القسم الأخير بما لامزيد عليه

فانت ترى من هذا أن قواعد هذا العلم مستعارة من علوم أخرى ، ولكن هذا لايضيره ولا ينقص من قدره ولا تثريب على الأصوليين أن جمعوا من العلوم المختلفة ، مايرجع إلى غرضهم ويختص ببحثهم فالفوه وجعلوه علما أسموه بعلم الأصول فانهم بذلك انما قاموا بالواجب عليهم .

فائدة علم الأصول والغاية من معرفته

الغاية من دراسة علم الاصول هي الوصول إلى استنباط الاحكام الشرعية من أدلتها . وقد يصل المشتغل بهذا العلم اذا أخلص عمله لله تعالى وأمده الله بعنايته حتى تكاملت فيه شروط الاجتهاد الى أن يكون مجتهدا ، ولا حرج على فضل الله . ورحم الله ابن الوردى إذ يقول :

لا تقـــل قد ذهبت أربابه　　كل من سار على الدرب وصل

ومن لم يصل إلى رتبة الاجتهاد من طلاب العـلوم الشرعية ، ينبغى له أن يأخذ الحكم عن الفقيه بدليله حتى يتنور بمعرفة الادلة ، ويعرف من أين أخذ الفقيه هذا الحكم حتى تتبين درجة الوثوق به . ولا يليق بأهل العلوم الشرعية مادون ذلك . وبهذا تظهر لنا الفائدة الكبرى فى اشتغال هؤلاء الطلاب بعلم الاصول وغيرها من العلوم الشرعية بطريقة علمية لا تلقينيـة . وليتركوا من لا يستطيع ذلك من عامة الناس الى التقليد المحض فى الاحكام الفقهية لمن أجمعت الاكثرية العظمى من الأمة على الثقة بهم

والله المستعان

الخطأ المطبعى فى هذه المذكرة

صفحة	سطر	خطأ	صواب	صفحة	سطر	خطأ	صواب
٦	هامش	من	أى	٦٧	١٤	ختصاص	اختصاص
٩	١٣	كقضاء	قضاء	٧٠	١٣	الطلق	المطلق
١٣	٢١	منها	بها	٧٦	٣	له الحل	له إلا الحل
١٣	٢١	ويجب	فيجب	٧٦	١٥	طلاقا	اطلاقا
١٦	١٤	على البدعة	على ما يقابل البدعة	٧٧	١٤	وقيئة	وقتية
٢٨	٣	أو أو شيء	أو أى شيء	٧٨	١٠	فازروها	فزوروها
٣٣	٢	من عرف أو عادة	من عرف عام أو	٨٠	٥	لاطلان	لأطلاق
		أو ظرف خاص	خاص أو عادة	٨١	٧	يقيل	يقبل
٣٣	١٤	الشرع	المشرع	٩٠	٧	للجهور	للجمهور
٣٤	١٧	لو كان كان	لو كان	٩٠	١٦	الجهور	الجمهور
٣٤	١٨	فان	فانه	١٠٤	٢٠	بمض	بعض
٣٧	١٢	لواحدة	الواحدة	١٠٨	٢١	منه	منها
٤٢	٢	بعض	بعضا	١١٣	٤	كالسلاة	كالصلاة
٤٣	٧	مصلطة	مصلحة	١١٣	١١	ثارة	تارة
٤٥	٦	وان	وانى	١١٤	٢٠	الساطة	السلطنة
٤٥	١٩	هذا قد	هذا وقد	١١٥	٢٠	العدن	المعدن
٤٦	١١	بدرأ	يدرأ	١١٨	١٨	حير	خير
٤٨	٨	ألفاط	ألفاظ	١٢٠	١	أوبعة	أربعة
٤٨	١٧	لربح	الربح	١٢٤	١	اجاه	اجازة
٥٤	٦	فاجلدوهن	فاجلدوهم	١٢٥	١٢	الموت الموت	الموت
٥٥	١١	فى	من	١٢٧	٨	ادرك	ادراك
٦٠	١٠	يقول	يقولون				
٦٦	٣	الصاهرة	المصاهرة				

وفى الكتاب أغلاط أخرى تسهل معرفتها .

فهرس مذكرة علم الاصول

صفحة	الموضوع
٣	تمهيد فى الفرق بين القانون الشرعى والقانون الوضعى
٣	واضع القانون الشرعى ـ الحاكم
٤	معرف حكم الله
٦	الحكم
٧	أقسام الحكم
٧	الحكم التكليفى
٧	الواجب
٨	أقسام الواجب
٨	الموسع
٨	المضيق
٩	ذو الشبهين
٩	المعين والواجب على الكفاية
٩	محدد المقدار وغير محدد المقدار
١٠	المعين والمخير
١٠	المندوب وأقسامه
١٠	الحرام وأقسامه
١١	المباح وأقسامه
١١	تقسيم الحكم إلى رخصة وعزيمة
١٢	الحكم الوضعى
١٢	السبب
١٢	الشرط
١٣	المانع
١٣	الصحة والبطلان
١١	النصوص الشرعية التى جاء بها الوحى
١٥	القرآن الكريم
١٦	السنة النبوية
١٨	ن ل السنة إلينا
١٩	أقسام النصوص من حيث الثبوت والدلالة
٢١	منزلة السنة من الكتاب
٢٢	شرع من قبلنا
٢٤	مذهب الصحابى
٢٥	أقوال أئمة آل البيت النبوى
٢٦	استثمار الأحكام من النصوص
٢٧	مقارنة عامة بين القانونين الشرعى والوضعى
٤٨	دلالة النصوص على الأحكام
٤٨	الدلالة غير اللفظية
٤٨	الدلالة اللفظية
٤٨	دلالة المنطوق
٤٩	عبارة النص وإشارته واقتضاؤه
٥٠	دلالة النص ـ مفهوم الموافقة
٥١	مفهوم المخالفة
٥٢	أنواع مفهوم المخالفة
٥٢	مفهوم الصفة
٥٣	مفهوم الشرط
٥٣	مفهوم الغاية
٥٤	مفهوم العدد
٥٤	مفهوم اللقب
٥٥	مفهم الحصر

تابع فهرس المذكرة

صفحة	الموضـــوع
٥٥	أحوال اللفظ من حيث الظهور والخفاء
٥٥	التقسيم الأول من حيث الظهور
٥٥	الظاهر
٥٦	النص ، وتأويله هو والظاهر
٥٨	المفسر
٥٨	المحكم
	التقسيم الثانى من حيث الخفاء
٥٨	الخفى
٦٠	المشكل
٦١	المجمـل
٦١	المتشابه
٦٢	المشترك
٦٣	العـام
٦٣	ألفاظ العموم
٦٤	حكم العـام
٦٥	تخصيص العام
٦٨	حكم العام بعد التخصيص
٦٨	الخاص وحكمه
٦٩	المطلق والمقيد
٧١	الأمر والنهى
٧٢	الأمر ـ تعريفه
٧٢	دلالة صيغته على الوجوب
٧٣	اقتضاء الأمر تكرار الفعل

صفحة	الموضـــوع
٧٣	اقتضاء الأمر الفور
٧٤	النهى ـ تعريفه
٧٤	يفارق النهى الأمر فى مسألتين
٧٥	النهى عن الأمور الحسية والأمور الشرعية
	وما يندرج تحت ذلك من الأقسام
٧٧	النسخ وتعريفه وأقسامه
٨٠	لا نسخ بعد وفاة الرسول
٨٢	تعارض النصوص
٨٢	الاجماع ـ تعريفه
٨٤	كيفية الاجماع وأنواعه
٨٥	أهمية الاجماع وحجيته
٨٦	اتفاق أكثر المجتهدين
٨٧	استطراد مفيد
٨٨	مستند الاجماع
٨٨	هل ينسخ النص اجماعا وهل ينسخ
	الاجماع نصا
٨٩	نسخ الاجماع بالاجماع
٩١	أمثلة للاجماع
٩٣	القياس
٩٤	تعريف القياس
٩٥	أمثلة القياس
	مسألتان متممتان للقياس
٩٧	الأولى فى الحكمة والعلة

تابع فهرس المذكرة

صفحة	الموضوع
٩٩	الثانية مقاصد الشارع ومراتب الضروريات، والحاجيات والكماليات
١٠٠	الاستحسان
١٠١	الاستصحاب
١٠٣	المصالح الرسالة
١٠٦	الاجتهاد، وما يتعلق به
١١١	التقليد وما يتعلق به
١١٢	المحكوم به
١١٣	بيان الحق الخالص لله تعالى والحق الخالص للعبد والحق المشترك
١١٥	أنواع حقوق الله وهي ثمانية
١١٦	المحكوم عليه
١١٦	الأهلية وأنقسامها إلى أهلية وجوب وأهلية أداء وما يتصل بذلك
١٢٠	أدوار الانسان بالنسبة لنوعي الأهلية
١٢٠	الدور الأول
١٢١	الدور الثاني
١٢٢	الدور الثالث
١٢٤	الدور الرابع

صفحة	الموضوع
١٢٤	عوارض الأهلية وتغيرها
١٢٥	الجنون والعته وحكم كل منهما
١٢٩	مرض الموت وأحكامه
١٣٥	السفه وأحكامه
	الاكراه وأحكامه
١٤٨	تتمة في الأهلية اللازمة لصحة التكاليف الشرعية كلها بالتفصيل
١٤٨	المعاملات وما يتصل بها
١٤٨	المعاوضات
١٥١	التبرعات
١٥٧	الاسقاطات
١٦٠	الاطلاقات والشهادة والدعوى والاقرار
١٦٣	التقييدات
١٦٣	الشركات وأنواعها
١٦٥	الحدود والقصاص وسائر
١٦٥	العقوبات
١٦٥	الميراث
١٦٧	تعريف أصول الفقه موضوعه واستمداده وفائدته والغاية من معرفته

بسم الله الرحمن الرحيم

هذه مقالات موجزة فى تاريخ التشريع الاسلامى والأدوار التى مر بها الفقه كتبتها للطلاب بقدر ما يتسع له الوقت ولذا اقتصرت فيها على اللب . والموفق المعين هو الله وحده

تمهيد

(١) التشريع مصدر شرع (بتشديد الراء) كالشرع مصدر شرع (بتخفيف الراء المفتوحة) المراد به وضع أحكام للناس ليعملوا بها ولتطبق على ما يصدر عنهم فان كان واضع هذه الأحكام هو الله سمى شرعا أو تشريعا إلهيا ، وإن كان الواضع لها الناس سمى شرعا أو تشريعا وضعيا .

والفقه مصدر فقِه (بكسر القاف) أى فهم مراد المتكلم فهما دقيقا ، ومن صار الفقه صفة راسخة له سمى فقيها ، وفعله فقُه (بضم القاف) . ويقال : فلان فقيه النفس إذا صار الفقه ملكة له وكان له ذوق فيه وقدرة على استنباط الأحكام وفق أصولها وتمييز الخطأ والصواب

وقد انتهى الشرع الاسلامى بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم إذ الشارع هو الله وحده ، والرسول مبلغ عنه بواسطة الوحى ، وبموت الرسول انقطع الوحى . وأما ما زاد بعد وفاته صلى الله عليه وسلم على ما جاء به فهو آت بطريق الاستنباط من فقهاء الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة الاجتهاد الذين توافرت فى كل واحد منهم شروط الاجتهاد (راجع مذكرة الأصول)

ومن الشرع والفقه ما هو دينى محض كالعبادات ، ومنه ما هو دنيوى

كالمعاملات لكن للدنيوى من الأحكام وصف دينى أيضا من حيث كونه حلالا أو حراما أو واجبا أو مباحا الخ (راجع أقسام الحكم فى مذكرة الأصول)

(٢) وقد ظهر الشرع الاسلامى فى البلاد العربية بين أقوام غلب عليهم الشرك بالله وعبادة الأوثان. وقد كان لهم تقاليد موروثة فى معاملاتهم وجميع ارتباطاتهم منها ما كان باقيا من شريعة الأنبياء السالفين كابراهيم واسماعيل صلوات الله وسلامه عليهما ومنها ما سرى اليهم من الأمم الأخرى المجاورة لهم كالروم والفرس. ولكن كانت جملة ذلك ضئيلة جدا بقدر ما يناسب حالاتهم الاجتماعية البسيطة، ومنها ما هو صالح، ومنها ما هو فاسد ومنها ما أصله صالح لكنه فى حاجة إلى التعديل حتى يكون كله صالحا. فلما جاء الاسلام أبقى الصالح لأنه إنما جاء للاصلاح، وقضى على غير الصالح فحاه محوا وأبطله إبطالا، وأصلح ما أصله حسن بما جعله صالحا لائقا بكرامة بنى الانسان، إذ الاسلام كما عنى بالاصلاح العام عنى بالوصول بالانسان إلى أقصى ما يمكن من الكمال المستطاع له عقلا وروحا وجسما.

(٣) والبلاد العربية التى ظهر فيها الاسلام هى شبه الجزيرة الواقع فى الجنوب الغربى من القارة الاسيوية يحده شمالا بلاد الشام والبادية التى بين الشام والعراق، وشرقا الخليج الفارسى، وخليج عمان، وجنوبا المحيط الهندى وخليج عدن، وغربا مضيق باب المندب والبحر الأحمر. ومساحة تلك البلاد ثلاثة ملايين من الكيلومترات أو أكثر من ذلك على ما قاله بعض علماء الجغرافية من الأوروبيين. وتسمى هذه البلاد بجزيرة العرب مع أنها فى الواقع شبه جزيرة، وأكثر أراضيها مجدب لا نبات ولا ماء فيه. وقد قسمها علماء الجغرافية من العرب إلى خمسة أقسام

تهامة — وهى الأرض التى على شاطىء البحر الاحمر بين اليمن والحجاز وأرضها منخفضة وشديدة الحر

الحجاز — وهو سلسلة جبال ممتدة من اليمن جنوبا إلى بلاد الشام شمالا على البحر الاحمر . وسمى الحجاز حجازا لأنه يحجز بين تهامة (الأرض المنخفضة) ونجد من الشمال الشرقى (والنجد هو الأرض العالية) وفى الحجاز مكة ، منبع الاسلام ، ويثرب (المدينة المنورة ، وتسمى طيبة) وهى مستقره بعد الهجرة

نجد — وهو واقع داخل الجزيرة ويتصل ببلاد اليمامة شرقا وبالعراق شمالا

اليمامة وبلاد البحرين ، وتسمى العروض وهى على الخليج الفارسى وفيها مغاصات اللؤلؤ

اليمن — جنوب نجد إلى ساحل المحيط الهندى وتتصل من جهة الشرق بحضرموت والشحر وعمان

وقد كتب علماء الجغرافية من العرب كتباً قيمة فى وصف جزيرة العرب ومن أشهرها وأهمها كتاب «وصف جزيرة العرب للهمذانى» وكتب الأوربيون كتبا قيمة أيضا فى ذلك أتت على كل ما يستطاع من بيان وصف الجزيرة طبيعيا واقتصاديا وأحوال القبائل التى تسكنها ومواضعهم وأخلاقهم وعاداتهم وآدابهم وسائر أحوالهم الاجتماعية قبل الاسلام وبعده .

والذى يهمنا هنا — فى هذه الخلاصة — هو أن نقول إن الاسلام ظهر فى مكة فى بلاد الحجاز من جزيرة العرب ومنها انتقل إلى المدينة المنورة ثم عم بنوره وهدايته جميع المعمورة .

المقالة الاولى

فى تاريخ التشريع — أى التشريع فى عهد الرسالة

فى ١٢ ربيع الأول من عام الفيل ، الموافق ٢٠ ابريل سنة ٥٧١ من ميلاد المسيح عليه الصلاة والسلام — على القول المشهور — ولد الرسول المصطفى محمد بن عبد الله النبى العربى القرشى الهاشمى خاتم رسل الله وأنبيائه ﷺ وعليهم أجمعين ، وكان ميلاده صلوات الله وسلامه عليه بمكة

وقد نشأ نشأة طيبة مباركة كان فيها المثل الأعلى لبنى الانسان فى جميع الفضائل والكمالات

ونزل عليه الوحى الآلهى بالنبوة والرسالة وبأول آيات القرآن المجيد نزولا فى ٢٧ رمضان من السنة الحادية والاربعين من عمره الشريف . وكان أول ما نزل عليه قوله تعالى « إقرأ باسم ربك الذى خلق ، خلق الانسان من علق إقرأ وربك الأكرم ، الذى علم بالقلم . علم الانسان ما لم يعلم »

واستمر نزول القرآن عليه من بعد ذلك الى ٩ ذى الحجة من السنة العاشرة من هجرته الى المدينة المنورة . وكان آخر ما نزل عليه قوله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا » ولم ينزل عليه بعد ذلك شىء من الفرائض ولا التحليل ولا التحريم ، وتوفى بعد ذلك فى ١٢ ربيع الأول من السنة الرابعة والستين من عمره ، وهى السنة الحادية عشرة من هجرته وكان ذلك موافقا ثامن يونيه سنة ٦٣٢ ميلادية .وكان عمره ﷺ وقت وفاته ثلاثا وستين سنة قمرية فمدة نزول القرآن اثنتان وعشرون سنة وشهران واثنان وعشرون يوما

وقد مكث النبي ﷺ بمكة بعد أن جاءته الرسالة اثنتى عشرة سنة وخمسة أشهر وثلاثة عشر يوما يدعو فيها إلى عبادة الله وحده ونبذ الشرك به حتى اشتد أذى المشركين به وبالذين أسلموا معه فهاجر إلى المدينة المنورة فى أول ربيع الأول من السنة الرابعة والخمسين من عمره ومعه صاحبه أبو بكر رضى الله عنه . وتبعه المسلمون من بعد ذلك مهاجرين . وقد تلقاهم هناك اخوانهم المسلمون من الأنصار أهل المدينة المنورة بالرحب والسعة وتعاضد الفريقان جميعا من المهاجرين والأنصار على نصر الرسول والجهاد فى سبيل إعلاء الدين وجعل كلمة الله هى العليا . وقد أيدهم الله تعالى بنصره جزاء صدق إيمانهم وإخلاصهم ، حتى أتم الله نوره وعلت كلمته

ومكث الرسول ﷺ بالمدينة بعد الهجرة يدعو الى الله ويجاهد فى سبيله ما يقرب من عشر سنين ثم توفاه الله إليه بعد أن بلغ رسالة ربه

القرآن الكريم

هو ذلك الكتاب المنزل على رسول الله ﷺ عربيا مبينا ، محفوظا من التغيير والتبديل بحفظ الله إياه « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون » وهو أصل الاسلام والشرع وينبوع الاحكام .

والقرآن يحتوى أربعة موضوعات أصلية

(الأول) العقائد ، ومعرفة حقائق الأشياء على ماهى عليه

وقد وجه الخطاب بذلك الى العقول وحث ذوى الألباب الى النظر فى أنفسهم وفيما يحيط بهم وفيما احتوته السموات والارض من عجائب صنع الله تعالى من كل مايدل على عظمته سبحانه وتعالى وقدرته ، وما يدل على حكمته ودقة صنعته كى يتوصل أولو العقول السليمة والتفكر الصحيح إلى وجوده

ووحدانيته ، وكذا الايمان بملائكته ورسله وكتبه وبالجملة فقد جاء القرآن في هذا بكل ما يتعلق بالالهيات والنبوات ،أحوال اليوم الآخر ، وضرب لذلك الأمثال واستعمل في برهنته وإقناعه منطق العقل والوجدان جميعا

(الثاني) العبادات من صلاة وصوم وزكاة وحج مما تظهر به طاعة المخلوق لخالقه وتزكى به النفوس وتطهر من دنس النقائص والرذائل وتتحلى بالكمالات والفضائل . وفيه نفع لعباد الله وصيانة للمجتمع الانساني من الفساد ، إذ النفوس الصالحة لا يصدر عنها إلا الخير ، وفي الزكاة نفع للفقراء والبائسين فيحرص هؤلاء على مستغلاتهم من الاغنياء ليجنوا منها فائدتهم السنوية التي مقدارها ½ ٢ ٪ بدل أن يكرهوهم وينظروا إليهم بعين المقت ويتمنوا بهم سوء الدوائر .

(الثالث) الأخلاق الفاضلة التي ترتفع بالانسان الى مستوى الملائكة الأطهار وتوجد بها أحسن العلاقات بين بني الانسان جميعا وبين الشخص ومن تربطه به رابطة قريبة ، وبها تحل المودة والرحمة في معاملة الناس بعضهم مع بعض محل القسوة .

ومما لا شك ولا ريب فيه أن القرآن الكريم هو صاحب القدح المعلى في ذلك غير مدافع

(الرابع) المعاملات وما يتعلق بالارتباطات التعاملية بين الأفراد والجماعات وقد أتى القرآن في ذلك بالقواعد الكلية والأصول العامة وما لابد منه من التفصيلات وموضوع هذا القسم الرابع هو بعينه موضوع القوانين الوضعية على اختلاف أنواعها

وفي القرآن غير ذلك من سائر العلوم ما كشفت وتكشف عن سره الأيام مما يطول شرحه ، ولا تنقضي عجائبه

والناظر فى القرآن يرى أنه ماجاء به من التشريع مبنى على قلة التكاليف بحيث لايشق على المكاف القيام بها مشقة عظيمة ، بل فيها نوع مشقة محتملة تظهر بها الطاعة ، ولو خلا التكليف من المشقة لما كان تكليفا . قال تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقال « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » أى ضيق . وقال « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » إلى غير ذلك من الآيات الدالة على عدم الحرج فى التشريع

ومن دلائل اليسر وعدم الحرج فى التشريع ولطف الله بعباده أن تكاليف القرآن لم تأت دفعة واحدة بل جاءت تدريجا حتى يحتملها المكاف ويألفها شيئا فشيئا وهذه حكمة عظيمة فى نزول القرآن الكريم فى مدى اثنتين وعشرين سنة ونيف مراعى فيه الظروف والحالات والمناسبات حتى تتقبل تكاليفه النفوس بدون عنت ولا إرهاق

وهاك ثلاثة أمثلة للتدرج فى التشريع

(الأول) فى تحريم شرب الخمر . قال تعالى مخاطبا رسوله صلى الله عليه وسلم « يسألونك عن الخمر والميسر ، قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس . وإثمهما أكبر من نفعهما » لم يصرح سبحانه فى هذه الآية بتحريم الخمر والميسر لكن اللبيب ذو الفهم الدقيق يدرك تحريم كل منهما لأن ماكان إثمه أكبر من نفعه وجب تركه جملة ، لأنه لا يكاد شىء من الأشياء الضارة أن يكون كله ضررا من جميع نواحيه . بل لا بد فيه من نواح لا ضرر فيها لكن ما غلب ضرره على نفعه وجب تركه جملة ، ثم قال لما خلط بعضهم فى قراءة القرآن فى صلاته وهو سكران « يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » وليس فى هذا إبطال للأول بل هو مؤكد له ، ولذا ترك كثير

من الصحابة ممن كانوا يشربون الخمر شربها لما سمعوا الآية الأولى، وكذلك ترك آخرون شربها عند سماع الآية الثانية. بعد ذلك جاء النهى صريحا، والنص حاسما فقال تعالى «يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون. إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون»

(الثانى) فى الميراث. كان العرب فى الجاهلية يتوارثون بشيئين أحدهما النسب، والآخر السبب. فأما ما كان يستحق بالنسب فإنهم ما كانوا يورثون الصغار ولا الاناث، وإنما يورثون من يستطيع القتال ويركب الخيل

وأما السبب الذى كانوا يتوارثون به فهو الحلف والتبنى. كان الرجل فى عصر الجاهلية يرغب فى خُلة وصداقة غيره فيعاقده، فيقول له من ضمن مايقول له: ترثنى وأرثك. وأيهما مات قبل صاحبه كان للحى من ميراثه ما اشترط وكان هذا يسمى ميراث المعاقدة وميراث الحلف. كذلك كان الرجل منهم يتبنى ابن غيره فينسب إليه دون أبيه من النسب ويرثه.

واستمر إرث الجاهلية بالنسب والسبب بعد مجىء الاسلام برهة من الزمن لم يتعرض له الاسلام بشىء كما لم يتعرض لكثير من المعاملات والعادات التى كان عليها العرب فى الجاهلية. من زواج وطلاق وبيع وربا وما إلى ذلك، بل كانت العناية موجهة أولا لما هو الأهم المقصود قصدا أوليا من بعثة رسل الله إلى خاتمته من إزالة الشرك بالله وعبادة غيره والنهى عن تقديم القربان إلى الأوثان والذبح باسمها، وكذا ما كان من القبائح التى تنفر منها الانسانية كوأد البنات وهن أحياء

وبعد ذلك نسخ القرآن التبنى وأمر بأن يدعى كل ابن إلى أبيه الحقيقى دون من تبناه فان لم يكن له أب معروف فهو أخ فى الدين . قال تعالى فى شأن هؤلاء المتبنين الأدعياء « أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم »

ولما هاجر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى المدينة قطع التوارث بين كل من هاجر معه من أصحابه وبين أقاربهم المسلمين الذين لم يهاجروا ليشجع أولئك على الهجرة ولجعل المسلمين جميعهم معه ليكونوا قوة على المشركين . وآخى بين المهاجرين والأنصار ورتب على ذلك الارث بينهم . ثم نزل بعد ذلك قوله تعالى « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » فنسخت هذه الآية التوارث بالاخاء . واختلف الفقهاء هل نسخت الإرث بالتعاقد والحلف فقال أبو حنيفة وأصحابه والشيعة الامامية انها لم تنسخه لإمكان التوفيق بينهما وذلك بأن يكون الارث بالتعاقد عند عدم الأقارب إطلاقا وهذا هو المسمى عند الحنفية بمولى الموالاة ، وعند الامامية بضامن الجريرة وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإرث بالتعاقد قد نسخ .

وبعد ذلك جاءت آيات المواريث بالتفصيل ، ونصت على ان الميراث عام للكبار والصغار والرجال والنساء من الأقارب وزادت عليهم الزوجين ، وجاءت السنة بأحكام زائدة على ما جاء به الكتاب ، مما هو مبين فى مواضعه

(الثالث) فى القتال . كان الرسول صلى الله عليه وسلم مأمورا فى أول رسالته بالتبليغ والاعراض عن المشركين . قال الله تعالى « وما خلقنا السموات والأرض وما بينهما إلا بالحق ، وإن الساعة لآتية ، فاصفح الصفح الجميل » أي أعرض عمن يخالفك ويذنب اليك واتركه بدون أن تجزع مما صدر

منه . وقال تعالى « فوربك لنسألنهم أجمعين عما كانوا يعملون ، فاصدع بما تؤمر وأعرض عن المشركين » ثم أمر بالمجادلة بالأحسن فقال تعالى « ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ، إن ربك أعلم بمن ضل عن سبيله وهو أعلم بالمهتدين »

ولما اشتد أذى المشركين للمسلمين بمكة ، كان الرسول كلما شكوا اليه يأمرهم بالصبر وتحمل الأذى ، حتى كانت الهجرة وقوى المسلمون فأذن الله لهم فى القتال لدفع الشر عنهم ولنشر دعوة الإسلام وحمايتها من المعاندين المتعنتين . فقال تعالى « أُذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا ، وإن الله على نصرهم لقدير . الذين أخرجوا من ديارهم بغير حق ، إلا أن يقولوا ربنا الله . ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع ، وصلوات ، ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيرا ، ولينصرن الله من ينصره إن الله لقوى عزيز . الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ، ولله عاقبة الأمور »

وبعد ذلك توالى نزول آيات القتال بأحكام تتناسب مع الظروف التى نزلت فيها .

تقسيم القرآن إلى مكى ومدنى

ما نزل من القرآن قبل الهجرة يسمى مكيا ، وما نزل بعد الهجرة يسمى مدنيا . ومقدار المكى $\frac{19}{30}$ من مجموع القرآن إلا قليلا ، ومقدار المدنى $\frac{11}{30}$ مع زيادة يسيرة

ويفرق بين المكى والمدنى بفروق أهمها :

(١) الآيات المكية فى الغالب قصيرة شديدة لأن الدعوة وقتئذ كانت موجهة إلى عبادة الله الواحد الحق والايمان باليوم الآخر ونبذ عبادة الأوثان وكان المشركون قد جمدوا على ماورثوه من ذلك عن أسلافهم واطرحوا عقولهم وراء ظهورهم فلا جرم أن كانت مأمورية الداعى أشق لأن دعوته وجهت إلى انتزاع ما ألفوه ولقنوه وتعودوه ، إلى الايمان بالله وحده وإخلاص الدين كله له . وقديما قيل (وشديد عادة منتزعة) وأما الآيات المدنية فقد خفت فيها الشدة وانتظمت التشريع التفصيلى الذى هو فى المرتبة الثانية بعد الدعوة إلى الله ، وإنقاذ المدعوين مما انغمسوا فيه من الشرور وأحاط بهم من الخطيئات، وقد كان فى الايات المكية تشريع إجمالى فى الحث على مكارم الأخلاق والأمر بالابتعاد عما له علاقة بالشرك كتقديم الذبائح إلى الاصنام فأمر المسلمون بألا يأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه مما كان يذبح باسم معبودات المشركين

(٢) الخطاب فى الآيات المكية غالبا كان بيأيها الناس وفى الآيات المدنية غالبا كان بيأيها الذين آمنوا

(سور القرآن)

يتألف القرآن الكريم من أربع عشرة ومائة مجموعة كل مجموعة منها تسمى سورة ، ومعنى السورة المنزلة الرفيعة من منازل الشرف . وهذه السور منها ما مجموع آياته أكثر من ثمانين ومائتى آية ، ومنها مايحتوى ثلاث آيات فقط ومنها مابين ذلك ، والآية جملة أو جمل من الكلام ذات معنى مستقل مفيد ، وقد تفتقر إلى مابعدها لإفادة تمام معناها . ومن الآيات ما هو طويل جدا كآية المداينة ومنها ما قصير يحتوى كلمتين أو ثلاثا ومنها ما هو بين ذلك . وترتيب آيات كل سورة فى سورتها توقيفى بوحى من الله . وهذا بالاجماع غير

أن ترتيبها ليس على وفق تواريخ نزولها . وأما ترتيب السور بعضها بعد بعض فهو من عمل الصحابة رضى الله عنهم

ولكل سورة اسم خاص مأخوذ من أولها كسورة طه وسورة يس ، وسورة الأنفال ، أو من شيء جاء فى أثنائها كسورة مريم والكهف وآل عمران .

(كتابة القرآن)

كتب القرآن على عهد رسول الله ﷺ ، فكان كلما جاء الوحى بآية كتب كاتب من كتاب الوحى ، بتبليغ النبي ﷺ إياه فيكتبها باللفظ الذى ينطق به الرسول عليه الصلاة والسلام ، وكان الرسول أمياً لا يقرأ ولا يكتب وقد كانت كتابة القرآن بمنتهى الحفظ والصون والاتقان ولم تبق منه آية إلا كتبت ووضعت فى محلها بأمر النبي ﷺ . وكان الكتاب الذين يتبادلون كتابة الوحى فى مجموعهم أكثر من أربعين كاتبا من أول نزول القرآن إلى آخر آية منه . وكان الكاتب كلما كتب شيئاً أخذ منه نسخة لنفسه ويكون عند رسول الله ﷺ نسخة أخرى فى منزله . وكان من الصحابة فى عهد الرسالة من يحفظ القرآن كله كأُبيّ بن كعب وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود ومعاذ بن جبل وكثير غيرهم وردت أسماؤهم فى كتاب الاتقان فى علوم القرآن . وكان كثير جدا من الصحابة يحفظون بعض القرآن

(جمع أبى بكر رضى الله تعالى عنه للصحف التى كتب فيها القرآن)

وبعد وفاة الرسول ﷺ جمع أبو بكر الصحف التى كان القرآن مكتوبا فيها فى عهد الرسول فى مصحف واحد . ولم يكن له من عمل فى هذا الجمع إلا

أنه نظمها فى مجموعة خاصة وربط بعضها ببعض مرتبة السور ، أما الآيات فكانت مرتبة فى سورها من قبل كما أسلفنا

(كتابة عثمان رضى الله عنه المصاحف وإرسالها الى الامصار)

وفى عهد عثمان رضى الله عنه فى سنة ٢٥ من الهجرة أمر بكتابة عدة نسخ من المصحف ليرسلها الى الامصار الاسلامية فكتب ست نسخ أرسلت إلى مكة والمدينة ودمشق والكوفة والبصرة ، أى إلى كل مصر من هذه الأمصار نسخة واحدة واستبقى عثمان رضى الله عنه لنفسه النسخة السادسة

فكانت هذه المصاحف الستة هى التى يرجع اليها المسلمون ، ثم كتبت بعد ذلك نسخ لا تحصى كثرة حتى بلغت آلاف الآلاف ، بدون أن يكون بينها خلاف فى شىء ما ، بحفظ الله تعالى الذى تولى حفظ هذا الكتاب الذى هو نور الله وهدايته للناس أجمعين

أسلوب القرآن فيما جاء به من التكاليف

لما هو معلوم فى الطبيعة البشرية من السآمة والملل إذا جاء الشىء على صورة واحدة باستمرار بدون تنوع ولا تفنن ، ولما انفرد به القرآن من مرتبة الاعجاز التى هى أعلى مراتب البلاغة على الإطلاق كانت تكاليف القرآن على ضروب شتى من العبارات . وقد أوردت بعض ذلك فى مذكرة الأصول، واذكر هنا ما يتيسر ذكره . قال تعالى : كتب عليكم الصيام . كتب عليكم القصاص فى القتلى . كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية. حرمت عليكم أمهاتكم. حرمت عليكم الميتة . وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا . فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه . اليوم أحل

لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم . انما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن . يسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير . من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له . لا ينها كم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين . انما ينها كم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ، ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا . ولا يجرمنكم شنآن قوم ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى . ولا تكتموا الشهادة . وأقيموا الشهادة لله .

والايات الكريمة من ذلك لا تحصى كثرة

السنة

راجع ما كتبناه فى مذكرة الأصول

غير أننا نقول هنا ان السنة القولية لم تدون فى عهد التشريع وإنما دونت بالكتابة بعد ذلك العهد بزمن طويل كما سيأتى . وأما السنة العملية المبينة لما أجمله الكتاب من العبادات فكانت معلومة لجميع المسلمين على السواء لا يختلفون فى شيء منها من صلاة أو صوم أو حج أو زكاة إلا ما لم يكن من جوهرها ، وقد تواتر العمل بها عنهم حتى وصلت الينا على هيئتها التى كانت عليها فى عهد النبوة من حيث أركانها وواجباتها مما كلفنا به حتما

وقد بينا فى مذكرة الأصول ان كلا من نصوص القرآن بالسنة يكون القانون الشرعى الإسلامى ، فارجع الى ما بيناه هناك مفصلا من ذلك ففيه الكفاية

وقد اختلف الفقهاء هل صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم أحكام بطريق الاجتهاد والقياس، والصحيح أنه صدر عنه ﷺ شيء من ذلك لكن ان كان فيه خطأ فان الله ينبهه إليه بواسطة الوحي ولا يقره عليه، وكذلك اجتهد الصحابة فى عصره فى بعض الأحكام وأقر منه ما هو الصواب

وأما الاجماع فلم يكن فى عهد الرسالة بل كان بعدها، وذلك لأنه مع وجود الرسول المعصوم المبلغ عن الله تعالى شرعه للناس يكون الرسول وحده هو المرجع فى الأحكام الشرعية، والمؤمنون به تابعون له، فلا يتصور الاجماع بمعناه الاصطلاحى المبين فى كتب علم الأصول (راجع مذكرة الأصول)

(وبالجملة) فقد كمل الشرع بأصوله العامة وقواعده الكلية وما لا بد منه من الأحكام التفصيلية. يحمل كل ذلك فى طياته كل الأحكام الشرعية دينية ودنيوية، يراها الفقيه الموفق بثاقب فكره ونافذ بصره

المقالة الثانية

فى الدور الاول من أدوار الفقه

من أول خلافة الصديق إلى آخر زمن الخلفاء الراشدين

تمهيد

بعد وفاة النبي ﷺ بايع المسلمون بالخلافة أبا بكر الصديق رضى الله عنه وكان الإسلام محصورا وقتئذ فى جزيرة العرب . وقد ارتد عن الإسلام بعد وفاة الرسول كثير من العرب ، وامتنع كثير منهم من أداء الزكاة ، واضطرب الامن اضطرابا عظيما . فقام أبو بكر ومن معه من المؤمنين بعزيمة صادقة وإيمان نقى سليم فأعاد الوحدة الاسلامية فى الجزيرة كلها وقرر الأمن ورد كل شىء إلى نصابه . وكان ذلك كله فى مدة أقل من سنة . ثم جرد الجيوش إلى محاربة الدولتين الفارسية والرومية (الرومان) . وأهم ما حصل فى مدة خلافته جمعه القرآن كله فى مصحف واحد كما أسلفنا . ثم توفى رضى الله عنه فى يوم ٢١ جمادى الاخرة سنة ١٣ من الهجرة ومدة خلافته سنتان وثلاثة أشهر وعشر ليال .

وبويع بالخلافة بعده عمر بن الخطاب رضى الله عنه . وامتدت الفتوحات فى مدته امتدادا عظيما وفتح المسلمون بلاد فارس والشام ومصر وغيرها . وتوفى رضى الله عنه فى ٢٦ ذى الحجة سنة ٢٣ ومدة خلافته عشر سنين وستة أشهر وأربعة أيام

وبويع بالخلافة بعده عثمان بن عفان رضى الله عنه . واستمرت الفتوحات

فى امتدادها من جميع الجهات . وأهم ما حصل فى مدة خلافته كتابة القرآن الكريم فى ستة مصاحف وتوزيع خمسة منها على الأمصار الإسلامية واستبقائه واحدا لنفسه ، كما بينا ذلك فيما سبق . وتوفى رضى الله عنه فى ١٨ من ذى الحجة سنة ٣٥ ومدة خلافته اثنتا عشرة سنة إلا بضعة أيام

وبويع بالخلافة بعده على بن أبى طالب رضى الله عنه . وفى مدته انتقل مقر الخلافة من المدينة المنورة إلى الكوفة ، وحصلت بينه وبين معاوية بن أبى سفيان حرب فى مكان قريب من نهر الفرات اسمه صفين ، انتهت بتحكيم الحكمين . واستمر على عليه السلام فى جهاد مخالفيه حتى قتل فى ١٥ رمضان سنة ٤٠ بيد رجل من الخوارج وذلك عند خروجه إلى صلاة الصبح

وبويع بالخلافة بعده ابنه الحسن عليه السلام ثم تنازل عن الأمر لمعاوية حقنا لدماء المسلمين وميلا إلى السلم .

وكانت مدة خلافته ستة أشهر . وبذا انتهت مدة الخلفاء الراشدين الخمسة رضوان الله عليهم أجمعين وكان ذلك فى شهر ربيع الثانى سنة ٤١ ومقدار تلك المدة ثلاثون سنة وبضعة أيام . بدأت عقب وفاة النبي ﷺ فى ربيع الأول سنة ١١ هـ — ٦٣٢ م وانتهت فى ربيع الثانى سنة ٤١ هـ — ٦٦١ م

وفى أواخر عهد الخلفاء الراشدين انقسم المسلمون إلى ثلاثة أحزاب سياسية اصطبغ كل منهما بالصبغة الدينية . وقد استحسنت أن أجمل القول فى كل منها إجمالا وأذكره تباعا بقدر ما يتسع له الوقت

وهذه الأحزاب الثلاثة هى :

(١) الخوارج

(٢) الشيعة

(٣) جمهور الأمة ويسمون أهل السنة والجماعة

الخوارج

هم طائفة من الأمة الإسلامية كان من أول أمرهم أنهم نقموا على عثمان رضى الله عنه أشياء كإيثاره آل بيته بالولايات فخرجوا عليه وانتهى الأمر بقتله رضى الله عنه ثم إنضموا إلى من بايعوا عليا بالخلافة ثم نقموا عليه تحكيمه الحكمين أبى موسى الأشعرى وعمرو بن العاص وكانوا هم الذين أشاروا عليه بقبول التحكيم . ثم انتقضوا عليه بعد ذلك . وعاثوا فى الأرض فسادا فاضطر على سلام الله عليه إلى مقاتلتهم حتى فر من بقى منهم . ثم توالى خروجهم على خلفاء بنى أمية ، ثم خلفاء بنى العباس ، ولهم أخبار ووقائع فى التاريخ مشهورة. وقد انقسموا فرقا كثيرة ونجحوا فى بلاد المغرب ووجدوا هناك تربة خصبة لنشر مذهبهم بين قبائل البربر . وانحاز فريق منهم إلى الجهةالشرقية الجنوبيةمن جزيرة العرب فرارا من جيوش الخلفاء .

وجملة القول فى مذهبهم أنهم يرون أن الخلافة الاسلامية موكول أمرها إلى الأمة تختار خليفتها من أى بيت كان متى توافرت فيه شروط تولى الخلافة وهذا بخلاف مذهب الشيعة فان هؤلاء يرون أن أولى الناس بالخلافة هم أهل البيت النبوى على وأولاده . وبخلاف ما ذهب اليه جمهورالأمة من أن الخليفة يجب أن يكون قرشيا .

ومن مذهب الخوارج أن الخليفة لا تجب طاعته إلا إذا كان عاملا بكتاب الله تعالى ومتبعا لسنة رسوله وغير خارج عن الحدود التى بينها الكتاب والسنة فان خالف برئوا منه ووجبت معصيته . ولذا كانوا راضين عن أبى بكر وعمر

وناقمين على عثمان لمخالفته سنة أبى بكر وعمر وإيثاره أهل بيته على غيرهم وعلى على لرضاه بالتحكيم . وعلى معاوية لاستيلائه على أمر المسلمين بالقوة بدون اختيار وانتخاب منهم . ولذا كانوا يستبيحون قتال خلفاء المسلمين لمخالفتهم أوامر الله تعالى ، على زعمهم .

والآن توجد طائفة تسمى بالإباضية (نسبة إلى عبد الله بن إباض الذى كان معاصراً لعبد الملك بن مروان فى النصف الثانى من القرن الأول للهجرة) وهم متفرقون فى امامة مسقط بعمان ، وبلاد زنجبار بشرق أفريقية وجبال نفوسه ببلاد طرابلس وجزيرة جربة بتونس - ويسمون بالخوامس - وجنوب بلاد الجزائر . والمؤرخون يعتبرونهم من الخوارج ، ولكنهم ينكرون ذلك .

وعند طائفة الأباضية فقه عظيم ومن أشهر كتبهم فى ذلك شرح النيل وشفاء الغليل فى عشرة مجلدات ، وفى مكتبة كلية الحقوق نسخة منه . وقد اطلعت عليه وعلى غيره من كتبهم فى العقائد والحديث والأخلاق فوجدتهم معتدلين لا يؤخذ عليهم شىء مخالف للكتاب ولا للسنة إلا فى بعض أشياء للنظر فيها مجال ، على أنهم متشددون فى رواية الحديث ومتحرون لذلك أشد التحرى وقدوتهم فى فقههم الأمامان العظيمان جابر بن زيد صاحب ابن عباس ، والحسن البصرى امام أهل البصرة الذى هو أشهر من نار على علم

الشيعة

الشيعة هم المحبون والأنصار ، والواحد شيعى ، والمراد بهم شيعة آل البيت النبوى على وأولاده سلام الله عليهم أجمعين .

والشيعة يرون أن أولى الناس بالخلافة على وأولاده ، وأن النبى ﷺ أوصى بالخلافة إلى على .

وقد اتفقوا على أن الامام بعد على ابنه الحسن، وبعد الحسن الحسين وهو الامام الثالث. وبعد ذلك اختلفوا فذهب فريق إلى أن الامام الرابع هو محمد بن علي، الشهير بابن الحنفية (لأن أمه من بنى حنيفة، إحدى قبائل العرب) ويسمى هؤلاء بالكيسانية، نسبة الى كيسان مولى محمد بن الحنفية، وقالوا ان الامام بعد محمد ابنه أبو هاشم. ولما أحس أبو هاشم بالموت لم ير أمامه من أهل بيته أحدا إلا ابراهيم بن على بن عبدالله بن عباس فأفضى اليه بالأمر بعده، ولما قتل ابراهيم قام بعده أخوه أبو عبد الله السفاح أول خلفاء بنى العباس. ومن هنا ترى أن الخلافة جاءت الى بنى العباس من هذا الطريق

وذهب الفريق الأعظم منهم الى أن الامام الرابع هو على بن الحسين الشهير بزين العابدين. ثم انقسموا الى فرقتين

الأولى جعلت الامام الخامس بعد على زين العابدين ابنه زيدا، وهؤلاء هم الزيدية. ولهم تاريخ طويل وهم الآن أئمة اليمن.

والثانية جعلت الامام الخامس بعد على زين العابدين ابنه محمدا الملقب بالباقر ثم جعلوا الامام السادس جعفرا الصادق ابن محمد الباقر. ثم انقسموا الى فرقتين

الأولى جعلت الامام بعده ابنه اسماعيل الذى مات فى حياة أبيه لتتوصل بذلك الى جعل الامامة فى أولاد اسماعيل. وهذه الطائفة تسمى بالاسماعيليه.

وقد لعبوا دورا هائلا فى تاريخ الاسلام ومنهم من أراد أن يقلبه رأسا على عقب وهم المسمون بالباطنية وكانوا أشد خطرا على الاسلام من كل أعدائه وحديثهم يطول جدا. ومنهم الدولة الفاطمية التى أنشأت مدينة القاهرة سنة ٣٥٩ هجريه أى منذ ألف سنة إلا سنة وكانوا خلفاء بمصر مدة مائتى سنة وقبل

ذلك كانوا بالمغرب متغلبين سبعين سنة والاسماعيلية الآن فريقان أحدهما يتبع أغا خان الشهير ، والثانى يسمى بالبهرة وكلا الفريقين ببلاد الهند وربما بلغ عددهم أربعة ملايين أو أكثر ويقال لهم الداودية والسليمانية

والثانية جعلت الامام بعد جعفر الصادق ابنه موسى الكاظم وهم الامامية ويسمون أيضا الاثنى عشرية لقولهم بأن الأئمة المعصومين من آل البيت اثنا عشر إماما ، ويقال لهم أيضا الجعفرية نسبة الى جعفر الصادق

وموسى الكاظم هو الامام السابع عندهم وبعده ابنه على الرضا وهو الامام الثامن وقد جعله الخليفة المأمون العباسى ولى عهده لكنه مات قبل موت المأمون . وبعد على الرضا ابنه محمد الجواد وهو الامام التاسع ، وبعده على الهادى ابن محمد الجواد وهو الامام العاشر وبعد الهادى ابنه الحسن العسكرى وهو الامام الحادى عشر وبعد الحسن ابنه محمد المهدى وهو الامام الثانى عشر وقد اختفى بمدينة « سرمن رأى » المعروفة بعد ذلك بسامرا وعمره تسع سنين وكان ذلك سنة ٢٦٤ هـ — ٨٧٧ — ٨٧٨ م والشيعة ينتظرون خروجه إلى الآن ليملأ الأرض عدلا وينقذها من الظلم فهو عندهم الامام المنتظر .

والشيعة الامامية مسلمون يؤمنون بالله ورسوله وبالقرآن وبكل ما جاء به محمد ﷺ ومذهبهم هو السائد على البلاد الفارسية ، وهو منتشر بالعراق ، ولهم محاكم فى بغداد تسمى بالمحاكم الجعفرية ومقر إمامهم وعلمائهم مدينة النجف بالقرب من كربلاء التى قتل فيها الحسين عليه السلام

ولا مخالفة بينهم وبين جمهور المسلمين إلا اعتقادهم بأن الخليفة الحق بعد النبى ﷺ هو على بن أبى طالب عليه السلام وأن النبى ﷺ أوصى اليه بذلك ولذلك يسمون عليا بالوصى . وأن الخلافة بعد على فى أولاده على ما بينا وأن

هؤلاء الأئمة الاثنى عشر كلهم معصومون كالأنبياء: إلا أنهم ليسوا بأنبياء (١) وأنه يؤخذ بأقوالهم فى التشريع كما يؤخذ بقول النبي ﷺ

وفى الشيعة الامامية قديما وحديثا فقهاء عظام جدا وعلماء فى كل علم وفن وهم عميقو التفكير واسعو الاطلاع ومؤلفاتهم تعد بمئات الألوف وقد اطلعت على الكثير منها. ولهم نظام فى المواريث غير النظام الذى عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من جمهور الأمة. ويقولون بجواز النكاح الموقت (المتعة) وهو عقد باطل عند غيرهم من المسلمين وفيما عدا ذلك فالأمر متقارب. ومن مذهبهم أيضا جواز الوصية للوارث فى حدود الثلث، وقد قال بهذا بعض أئمة الزيدية وبعض المفسرين منا. وعدد الشيعة الامامية فى جميع الجهات التى هم فيها يتراوح بين ٥٠ و ٧٠ مليونا وكثير منهم بالبلاد الشامية (أنظر كتاب تاريخ الشيعة)

جمهور الامة أو أهل السنة والجماعه

هم السواد الأعظم من المسلمين الذين مشوا على الجادة ولم ينحرفوا يمنة ولا يسرة وهم المعتدلون فى عقائدهم وفى فقههم ومنهم أئمة المذاهب الاربعة وغيرهم.

* * *

وبعد هذا التمهيد أذكر حال الفقه فى دوره الاول فى عهد الخلفاء الراشدين فأقول:

ان هذا الدور ينقسم إلى مدتين (الاولى) مدة خلافة الشيخين أبى بكر

---

(١) يوجد فى الشيعة غلاة خرجوا بعقيدتهم من دائرة الاسلام ولكن هؤلاء غير ملتفت اليهم من جمهور الشيعة الامامية

وعمر (والثانية) مدة الخلفاء الثلاثة عثمان وعلي والحسن

المدة الاولى

كان مرجع أبي بكر في طلب الاحكام الشرعية الى القرآن ، فان لم يجد فيه نصا على حكم الحادثة التي يريد حكمها التمسه فيما يحفظه من سنة رسول الله ، فإن لم يجد في محفوظه نصا على حكم الحادثة سأل الصحابة فإن وجد لدى بعضهم نصا في ذلك أخذ به بعد التثبت والتأكد من صحة نسبته الى الرسول وكان يستشهد شاهدا آخر مع راوى الحديث على صحة هذا الحديث فان لم يجد رجع الى ماتطمئن اليه نفسه مما يراه صوابا . ومن الأخير رأيه في معنى الكلالة وفي توريث الجد مع الإخوة

وكذلك كان عمر . وقد زاد عمر على أبي بكر أنه كان يعمل برأى أبي بكر إن اقتنع به . وكانت الطريقة التي ذكرناها هي الطريقة عند جميع الصحابة في أقضيتهم وفتاواهم ، القرآن أولا ، والسنة ثانيا ، والرأى في حدود مايتحقق به مراد الشارع من طلب المصالح ودرء المفاسد ثالثا

وكان الشيخان أبو بكر وعمر رضى الله عنهما يجمعان كبار الصحابة للاستشارة في المسائل الهامة من الأمور المعضلة ، وكانوا إذ ذاك قليلين لم يبارحوا المدينة فإن اتفقوا على رأى في المسألة كان إجماعا منهم لا يسوغ لأحد مخالفته . وقد يبدى بعضهم رأيه بالقول ويسكت بعضهم لكن تدل القرائن على أن سكوته موافقة فيعتبر هذا اجماعا أيضا ويسمى بالاجماع السكوتي

وقد توسع عمر في القضاء والفتيا بالرأى وتقرير النظم العامة للدولة في حدود العدل ورعاية المصالح وتحقيق غرض الشارع مما فهمه من معاني النصوص والغاية من التشريع في الشؤون الدنيوية .

ومن ذلك وضع الخراج . وإنشاء الدواوين ، وعدم قطع أيدى السراق فى حالة المجاعة ، وتفريقه بين الرجل الذى تزوج امرأة وهى فى عدتها وتحريمها عليه إلى الأبد إذ كان قد دخل بها ، وتوريثه مبانة المريض مرض الموت وهى فى العدة ، وجعله عدة ممتدة الطهر تسعة أشهر بعدها ثلاثة ، وحكومته بين الضحاك بن خليفة ومحمد بن مسلمة إلى غير ذلك مما لا يحصى كثرة

المدة الثانية

تمتاز هذه المدة عن المدة الأولى بانتقال كثير من كبار الصحابة من المدينة إلى غيرها من الأمصار الإسلامية يحمل كل منهم من العلم مالا يوجد بعضه عند غيره . وبذلك اتسعت دائرة الخلاف فى المسائل الفقهية أكثر مما كانت عليه من قبل . إذ كان الخلاف أولا إنما هو فى فهم بعض النصوص القرآنية واختلاف الرأى فى الجمع بين النصين المتعارضين أو ترجيح أحدهما على الآخر . وقد كان الأخذ بالأحاديث محاطا فيه أشد الاحتياط ، وجمع كبار الصحابة ميسور جدا إذ كانوا فى مكان واحد فلا غرو أن كان الخلاف فى تلك المدة محصورا فيما سبق وفى تفاوت الاراء بين المفتين فى تقرير حكم المسألة تقريرا مبنيا على رعاية المصلحة وتحقيق غرض الشارع من التشريع

وبالجملة كان المتبع فى هذه المدة الثانية هو الأخذ بالكتاب ثم بالسنة ثم بالرجوع إلى الرأى فى حدوده المتقدمة . وقد يفتى بعضهم أو يقضى فى حادثة برأيه والحال ان عند غيره حديثا فيه حكم الحادثة أو جواب الفتوى لكن الأول لا يعلمه فمن هنا نشأ خلاف جديد لم يكن فى المدة الأولى

انقضى الدور الأول بانقضاء دولة الخلفاء الراشدين وحال التشريع والفقه على ما ترى

(١) لم يكن للمسلمين كتاب مدون يرجع اليه فى طلب الأحكام القضائية وأجوبة الفتاوى إلا القرآن . وأما السنة فكان الاحتياط شديدا فى الأخذ بما يروى منها ـ ولا سيما فى المدة الأولى من هذا الدور ـ وهى لم تدون بعد

(٢) لم تكن مسائل الفقه مدونة فى كتاب بل كانت تتناقل بالمشافهة مع اختلاف طرق الاستنباط وتفاوت الأفهام فضلا عن حصر المسائل فى أبواب يمتاز بعضها عن بعض كمسائل الزواج ، ومسائل البيع ، ومسائل الرهن ، وهلم جرا فان شيئا من ذلك لم يكن

(٣) وينتج مما تقدم انه لم يكن وقتذاك قانون بالمعنى المصطلح عليه الآن يرجع اليه فى القضاء ، ولم تكن نصوص الشريعة كلها قد اجتمعت فى حيز واحد بل كان جميع القضاة والمفتين يرجعون إلى كتاب الله بالاجماع فان وجد الحكم أو الجواب فيه وجب الأخذ به حتما على الجميع ، وإن لم يوجد فكل يحكم أو يفتى بما ثبت عنده من سنة الرسول وهديه ، وإلا كان الرجوع إلى الرأى ـ بأوسع معانيه ـ ومنه القياس على ما أسلفنا

(٤) وجود خلاف قليل مرجعه إما إلى فهم النصوص أو تعارضها أو الاختلاف فى الرأى . وهذا أمر لا بد منه حتما ، كما يعرف ذلك من مراجعة قواعد الأصول

وفى هذا الدور اشتهر أناس من كبار الصحابة بالفتوى وكانوا مرجع الأمة فى معرفة الأحكام الشرعية . منهم الخلفاء الأربعة وزيد بن ثابت وعبد الله ابن مسعود .

ويلاحظ أن المفتين ما كانوا يفتون إلا فى الحوادث التى وجدت فعلا فلم يكن فى هذا الدور فقه يقرر أحكاما لحوادث لم تقع . وعلى خلاف ما آل اليه الأمر بعد وجود أئمة المذاهب الفقهية ومقلديهم من افتراض المسائل التى لا وجود لها لتقرير أحكامها حتى إذا وقعت الحادثة وجدت حكمها سابقا لها . ولقد توسعوا فى افتراض المسائل حتى أوردوا منها مالا وجود له إلا فى مخيلة المفترض أو مما لا ينبغى إضاعة الوقت فى الاشتغال به .

المقالة الثـالثة

فى الدور الثانى من أدوار الفقه

فى مدة دولة بنى أمية من سنة ٤١ هـ إلى سنة ١٣٢ م

تمهـــيد

ابتدأ هذا الدور والمسلمون منقسمون إلى الأحزاب الثلاثة المتقدمة لكن ما عدا الخوارج والشيعة بايعوا معاوية بالخلافة واجتمعوا حوله . وكأن الناس قد سئموا الحروب فهدأت ثائرتهم ولو ظاهرا وساعد على ذلك حلم معاوية وسعة صدره وبعد نظره فى السياسة

فلما مات معاوية سنة ٦٠ هـ — ٦٧٩ م تولى الأمر بعده ابنه يزيد ، وفى الصحابة وأولادهم من هم أولى منه بالخلافة كابن عباس والحسين وابن عمر وابن الزبير وغيرهم . وكان يزيد سىء السيرة غير أهل لتولى أمور الناس . لذا نشط حزب الشيعة وحزب الخوارج والذين يرون أنفسهم أولى بالخلافة من يزيد . فعمت الفتن البلاد الاسلامية وقتل الحسين وجماعة من أهل بيته بكربلاء فاشتد الهول وعظمت الفتنة ودعا عبدالله بن الزبير لنفسه بالخلافة واتسعت رقعة ملكه . ومات يزيد والفتنة فى أشدها

بعد ذلك تولى الأمر مروان بن الحكم ثم ابنه عبد الملك وكان عبد الملك سياسيا حازما ولكن ليس له لين معاوية ولا حلمه بل كان قاسيا . وقد استعان

بالحجاج بن يوسف الثقفى فهدأت الفتن بعد حروب كثيرة ، وقتل عبد الله بن الزبير وصفا الجو لعبد الملك وكان له مع الخوارج حروب تشيب لهولها الولدان ، وتولى الأمر بعده ابنه الوليد وفى عهده فتحت بلاد الأندلس (اسبانيا) فلما تولى الأمر عمر بن عبد العزيز ابن مروان (٩٩ — ١٠١) نشط دعاة العباسيين وكونوا جماعة سرية ببلاد فارس انتهى أمرها بنقل الخلافة من بنى أمية إلى بنى العباس فى ١٣ ربيع الأول سنة ١٣٢ — ٦ أكتوبر سنة ٧٤٩

ويلاحظ أن دولة بنى أمية كانت دولة عربية بحتة ، خلفاؤها وقواد جيوشها وجميع عمال الدولة ، وهذا بخلاف الدولة العباسية ، على ما سترى

حال الفقه فى هذا الدور الثانى

كان القضاة والمفتون فى هذا الدور على سنن من كان قبلهم فيلتمس أحدهم الحكم أو الجواب فى القرآن فان وجده عمل به ، وإلا التمسه فى السنة فان وجده وصح الحديث عنده أخذ به ، وإلا رجع إلى الرأى على ما أسلفنا

وقد كثرت الأحاديث المنسوبة إلى النبي ﷺ بسبب منع التشديد على الرواة وتفرقت فى البلاد المتنائية بتفرق حامليها ، وبهذا تتسع دائرة الخلاف لا محالة لأن ما عند من فى الشام لا يعرف كله أهل العراق ، وكذا العكس ، وكذا سائر الأمصار

ومما يؤسف له أشد الأسف أن من الناس من كان له جرأة على وضع أحاديث مكذوبة لمآرب شتى . وقد أنكر كل من الأحزاب الثلاثة على غيره ما كان يحتج به من الأحاديث لتقوية رأى حزبه . وما كان بعضهم يثق برواية البعض الآخر وبهذا زاد الأمر خطورة وتعقيدا.

وقد انقضى العصر الاموى ولم يدون فيه كتاب فى الفقه يجمع المسائل

التى تندرج تحت باب واحد بعضها مع بعض ، ويقرر لها القواعد والروابط لكن كثر المفتون جدا من العرب والموالى الذين دخلوا فى الاسلام من غير العرب وازدادت الأحكام الفقهية زيادة عظيمة جدا بسبب ما اتصل بالحضارة الإسلامية من حضارات الأمم الأخرى كالفرس والروم

غير أن العصر الأموى قد امتاز بميزتين عظيمتين جدا هما النزاع بين الرأى والحديث ، وتدوين السنة

النزاع بين الرأى والحديث

وجد فى هذا الدور فريقان من علماء الأمة أحدهما أهل الحديث وأغلبهم كانوا فى الحجاز ، والثانى أهل الرأى وأغلبهم كانوا بالعراق

فأهل الحديث كانوا لا يخرجون من محيط ما عرفوه من النصوص وينقبض أحدهم من جواب الفتوى إذا لم يجد نصا يدل عليه . ولم يكن بين المسائل التى يفتى بها هؤلاء روابط تربطها ولا ضوابط تضبطها ولا أصول تجمعها ولا قواعد تنتظمها . ولعلهم كانوا يرون أن الشريعة لا دخل للعقل فى تقرير أحكامها ، بل ما ثبت عندهم مجيئه عن الله ورسوله يجب أن يؤخذ بدون بحث ولا تعقيب إذ ليس للعبد أن يتسامى بعقله إلى ما يشرعه الرب ويتعقبه بالرأى وبالجملة كان هؤلاء يقفون عند حرفية النص ولا يتعدونه

وأهل الرأى كانوا يوافقون أهل الحديث فى التماس الحكم أو جواب الفتوى من النصوص ويخالفونهم فى أن أحدهم إذا لم يجد حكما أو جوابا فى نصوص الكتاب ولا فيما ثبت عنده من نصوص السنة كان لا يحجم عن أن يلتجىء إلى التماس الحكم أو الجواب بالرأى

وكان هذا الفريق الثانى يرى أن الشريعة مبنية على أصول محكمة يدركها

العقل مما يستخلصه من مجموع النصوص. وكانوا يحبون أن يعرفوا العلل والغايات التي من أجلها شرعت الأحكام. وقد ردوا بعض أحاديث لمخالفتها للقواعد العامة على حسب ما رأوا

وأقول الحق انه لولا أهل الرأى لكانت أحكام الشريعة الاسلامية ممزقة الأوصال مفككة العرى لا تربطها رابطة، بل أقول انها تكون بمعزل عما كان عليه هدى الرسول والخلفاء الراشدين من بعده. فجهود أهل الرأى هي التي نظمت الفقه وجعلته علما ذا قواعد وأصول معلل الاحكام متين البناء وثيق العرى على أن أئمة الفقه من أهل الحديث قد اضطرهم اتساع الحضارة الاسلامية وكثرة الحوادث كثرة لم تكن تخطر لهم ببال أن يقولوا بالرأى في حدود القياس. بل أقول انهم قالوا بالرأى استرسالا مع المصالح المرسلة وأنا أعرف من ذلك من الشواهد في كل مذهب من المذاهب المدونة الشهيرة مالا يحصى كثرة مما هو مبني على المصالح المرسلة ومنها ما خصصوا به عموم النصوص

تدوين الاحاديث

بدأ تدوين الأحاديث على رأس المائة في عهد عمر بن عبد العزيز بأمر منه. وقام بذلك جماعة من كبار أئمة الحديث في الأمصار الاسلامية. ولكن الأحاديث في بداية تدوينها كانت تجمع جمعا بدون تبويب ولا ترتيب. إلى أن جاء الامام مالك بن أنس وألف كتابه الموطأ فجمع فيه ما صح عنده من الأحاديث مع أقوال الصحابة والتابعين مرتبا مبوبا على أبواب الكتب الفقهية. وقد اطلع عليه الخليفة المنصور العباسي وأراد أن يكون مرجع الأمة في أقضيتها وفتاواها فاعتذر الامام مالك وقال للخليفة ان الموطأ لم يجمع

كل الأحاديث الثابتة عن رسول الله لتفرق الصحابة وحملة السنة فى البلاد فرجع المنصور عن رأيه

وفى هذا الدور كثر المفتون كثرة عظيمة جدا من العرب والموالى وظهر فيهم أئمة عظام يشار إلى كل واحد منهم بالبنان فى جميع الأمصار الإسلامية المدينة ومكة والبصرة والكوفة ودمشق ومصر واليمن وغيرها كل منهم يفتى بما ثبت وصح عنده . وقد اتسعت دائرة الخلف بينهم عما كانت عليه الحال من قبل للأسباب المتقدمة وقد ذكرنا ذلك فيما سبق

المقالة الرابعة

فى الدور الثالث من أدوار الفقه

وهو دور تدوينه وجعله علما كسائر العلوم

تمهيد

قلت فيما سبق ان الدولة الاسلامية إلى آخر مدة بنى أمية كانت عربية محضة فى كل شىء فلما جاءت الدولة العباسية كان العرب قد امتزجوا بالفرس وكان الخلفاء العباسيون يعتمدون فى السياسة والادارة وسائر أعمال الدولة على العرب والفرس جميعا . فلما تولى المأمون الخلافة بعد انتصاره بواسطة من معه من الفرس على أخيه الأمين جعل اعتماده فى شؤون الدولة على الفرس دون العرب . فلما تولى الخلافة بعده أخوه المعتصم سنة ٢١٨ ﻫ اعتمد على الترك واستكثر منهم . وما زال الترك يعلو شأنهم حتى تغلبوا على الخلفاء العباسيين وصارت الكلمة كلمتهم والسلطان لهم ولم يبق للخلفاء العباسيين فى القرن الرابع من الخلافة إلا اسمها فقط . وتكونت ممالك جزئية بعضها فى بلاد فارس وبعضها فى المغرب ومصر وبعضها فى البلاد الاسلامية الأخرى مما يطول شرحه . وبالجملة فقد ضعف سلطان العرب السياسى أو زال بالكلية فى سنة ٣٣٠ ﻫ

وانتقل الأمر إلى غيرهم إلا فى مصر فقد كانت فيها الدولة الفاطمية وهى تعد

دولة عربية فبعد أن بنى المعز مدينة القاهرة سنة ٣٥٩ هـ — ٩٧٠ م بقى الفواطم في مصر إلى سنة ٥٦٧ هـ — ١١٧١ م حتى أزال ملكهم صلاح الدين الأيوبي ودخلت مصر تحت سلطان الأيوبيين من الأكراد ثم تحت سلطان المماليك من الجركس والترك ثم تحت سلطان الدولة العثمانية

تدوين الفقه وظهور الأئمة العظام أصحاب المذاهب المدونة

في هذا العصر دخل الفقه في دور التدوين بعد دور التكوين واتسعت مسائله باتساع الحضارة وامتزاج الأمم الأخرى بالعرب بعد أن انتظم الجميع عقد الاسلام وصار للموالى شأن عظيم جدا في جميع العلوم الاسلامية من حديث وفقه وتفسير وعلوم اللغة العربية على اختلاف أنواعها والعلوم الأخرى من رياضية وفلسفية مما ترجم من الكتب اليونانية والفارسية وغيرها وشارك العرب الموالى في كل ذلك. وبعد كتابة مالك موطأه كثرت الكتابة في الحديث وكان من المؤلفين من يجمع الأحاديث المروية عن صحابي واحد بعضها مع بعض بصرف النظر عن موضوعاتها، ثم يذكر الأحاديث المروية عن صحابي آخر كأبي بكر ثم عمر ثم عثمان ثم علي وهلم جرا. وتسمى هذه المجاميع بالمسانيد، وأشهرها مسند الامام أحمد وهو مطبوع بمصر في ستة أجزاء ضخام ومنه يعرف مقدار ما روى عن كل صحابي كثرة وقلة، ولم يعن أصحاب المسانيد بتمييز الصحيح سنده من الضعيف، وبعض المصنفين كان يرتب الأحاديث في مؤلفه بحسب الأبواب الفقهية، فيجمع أحاديث الصلاة بعضها مع بعض، وكذا أحاديث الزواج، والبيع، والهبة الخ بصرف النظر عن الصحابي الذي روى عنه الحديث وكانت أقوال الصحابة والتابعين من أقضية وفتاوى وآراء ممزوجة بالأحاديث المروية عن الرسول.

ثم الفت طائفة من أئمة الحديث كتبا اقتصروا فيها على الأحاديث المروية عن الرسول وأفعاله وتقريراته فقط . وبعد ذلك عنيت طائفة أخرى بالاقتصار على جمع الأحاديث التى صح سندها لتوافر شروط الرواية من عدالة وثقة وضبط فى كل راو من سلسلة رواة الحديث الى الرسول . ومن أجل هذه الكتب وأعظمها نفعا وأشهرها صحيح البخارى وصحيح مسلم (١)

ونشأ فى هذا العهد فن جديد وهو فن نقد رواة الحديث وبيان ما قيل من الجرح والتعديل فى كل راو . ومن أشهر هذه الكتب تهذيب التهذيب لابن حجر (٢) وهو مطبوع فى الهند فى اثنى عشر مجلدا ومنتشر فى مصر ،

وبهذا وجدت المادة الثانية للفقه مدونة منقحة وهى السنة بعد القرآن الكريم وسهل الأمر جدا على طالب النصوص من الكتاب والسنة ولم يبق إلا الاجتهاد الذى تظهر به مواهب العقول حتى لم ينته القرن الثانى من الهجرة الا وكل شىء من علوم الشريعة قد وصل الى الذروة

الأئمة المجتهدون

فى هذا الدور كالذى قبله كان القضاة والمفتون يرجعون إلى الكتاب ثم إلى السنة ثم إلى الاجتهاد كل واحد بحسب ما يترجح عنده ، وقد أثرت

---

(١) البخارى هو أبو عبد الله محمد بن اسماعيل المولود ببخارى سنة ١٩٤ والمتوفى سنة ٢٥٦ ومسلم هو مسلم بن الحجاج النيسابورى المولود سنة ٢٠٤ والمتوفى سنة ٢٦١ وقد اعتنى العلماء بكل من صحيح البخارى وصحيح مسلم أشد العناية وشرح كل منهما عدة شروح وطبعا مرات كثيرة جدا

(٢) هو احمد بن على بن حجر العسقلانى وله شرح فتح البارى على البخارى وهو من خير كتب الحديث على الاطلاق . توفى سنة ٨٥٢

الحضارات المختلفة والبيئة الأولى فى تكييف كل واحد منهم مع التفاوت فى الأفهام ، واعتبار الرأى أو عدم اعتباره . فلا عجب أن اتسعت مسافة الخلف بينهم اتساعا هائلا . وقد أدرك ذلك الكاتب العظيم عبد الله بن المقفع فكتب إلى الخليفة المنصور رسالة يطالب اليه فيها وضع قانون شرعى يكون مرجعا لكل القضاة وإلا يترك الأمر هكذا فوضى . ولكن المنصور لم يوفق إلى هذا العمل الجليل النافع الذى لو تم لكان باكورة لقوانين شرعية منظمة محكمة يراعى فيها دائما ظروف الزمان والمكان فى نطاق ما جاء به الاسلام وهدى الرسول الأعظم وخلفائه الراشدين

فلما دونت المذاهب وقام لكل منها أنصار وساعد الخلفاء والملوك والسلاطين بعضها بدأ القضاء يتقيد حتى أواخر المائة الرابعة تقريبا حيث غلب والتقليد على طلاب الفقه إلا قليلا منهم فعم تقيد القضاء والفتيا بالمذاهب التى وجدت حظوة عند هؤلاء أو راجت بين جمهور الامة لأسباب مختلفة، وسيأتى إجمال القول فى ذلك .

وهاك نبذة عن أشهر الأئمة المجتهدين بقدر ما يسمح الوقت

الامام أبو حنيفة

هو النعمان بن ثابت ولد بالكوفة سنة ٨٠ وتوفى ببغداد سنة ١٥٠ وتلقى الفقه عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم عن علقمة من ابن مسعود . وكان أبو حنيفة خزازا بالكوفة (١) وقد اشتهر بين الناس بصدق المعاملة واعلام المشترى

---

(١) الخزاز هو الذى يبيع الخز وهو الثياب المتخذة من الحرير أو من الحرير المخلوط بالصوف . والمماكسة فى البيع هى المسماة فى عرفنا الآن بالفصال فى البيع

بالثمن الحقيق وكراهة المماكسة . ولما طلب الفقه على رأس المائة الثانية نبغ فيه نبوغا عظيما . وكان يطرح المسألة على من يحضره من طلاب العلم ويتناقشون فيها جميعا حتى يستقر الرأى على جواب فيها أو يحتفظ كل برأيه وبهذا كانت مسائل فقهه لا تتقرر إلا بعد المناظرة والأخذ والرد فيها غالبا

وكانت طريقته فى استنباط الأحكام الفقهية ماقاله هو عن نفسه

« انى آخذ بكتاب الله إذا وجدته ، فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله ﷺ والآثار الصحاح عنه التى فشت فى أيدى الثقات فإذا لم أجد فى كتاب الله ولا سنة رسول الله أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع من شئت ، ثم لا أخرج من قولهم الى قول غيرهم ، فاذا انتهى الأمر الى ابراهيم والشعبى والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب [١] فلى أن أجتهد كما اجتهدوا » .

وقد برع فى القياس والاستحسان وتوسع فيهما وكذا أصحابه حتى اتسعت بذلك المسائل الفقهية وكثرت كثرة عظيمة جدا وكانوا كلهم يفترضون صورا للمسائل ويلتمسون لكل صورة جوابا ، وبهذا خالفوا سنة من قبلهم فقد كان أولئك لاينظرون إلا فى أحكام الحوادث التى وقعت بالفعل ولا يفترضون حوادث ولا مسائل ولا يفرعون تفريعات لا وجود لها بالفعل بل كان بعضهم يحجم عن جواب المسألة إذا لم يجد فيها نصا وبالجملة فقد نشط فقه الرأى على يد أبى حنيفة وأصحابه ومن كان معهم من فقهاء العراق وقضت بذلك الحضارة الجديدة . ومن ناحية الرأى والتماس العلل والأوصاف المناسبة للأحكام أمكن وضع الروابط التى تربط مسائل الشريعة بعضها ببعض ورد كل طائفة منها إلى أصل تبنى عليه وقواعد تنتظمها حتى أصبح الفقه علما ذا قواعد وأصول بعد أن

---

(١) هؤلاء هم من أجلاء فقهاء التابعين الذين جاءوا بعد عصر الصحابة

كان مسائل مبعثرة لا ألفة بينها ولا ارتباط . حتى أن الذين كانوا يقفون عند المروى من السنة ويهابون التكلم بالرأى انتهى الأمر بكثير منهم إلى الأخذ بالرأى تحت اسم القياس والمصالح المرسلة كما يظهر لك ذلك من مراجعة كتب المذاهب الاربعة وغيرها

وقد كان لابى حنيفة أصحاب أجلاء أخذوا العلم عنه وشاركوه فى الرأى والاستنباط ونمت بهم مسائل مذهبه وكثرت وقد امتزجت أقوالهم بأقوال امامهم وسميت جملة ذلك بمذهب ابى حنيفة مع أنها خليط من آرائه وآراء تلاميذه ، ولم يفكر أحد منهم فى الانفصال من استاذه كما انفصل الشافعى عن استاذه مالك بن أنس ، وكما انفصل أحمد عن استاذه الشافعى . ومن أشهر أصحاب أبى حنيفة صاحباه ، أبو يوسف ومحمد بن الحسن.

فاما أبو يوسف فهو يعقوب بن ابراهيم الانصارى ولد سنة ١١٣ وتوفى سنة ١٨٣ وكان يشتغل أولا برواية الحديث ثم اتصل بأبى حنيفة فكان أكبر أصحابه وأفضل معين له . وله كتاب الخراج فى نظام الاموال والضرائب وقد طبع أكثر من مرة . وهو الذى نشر مذهب أبى حنيفة لأنه كان قاضى القضاة ، فى عهد الخليفة العباسى هرون الرشيد فكان لا يولى قاضيا إلا إذا كان على مذهب أبى حنيفة .

وأما محمد بن الحسن فقد ولد سنة ١٣٢ وتوفى سنة ١٨٩ نشأ بالكوفة وكان يحضر مجلس أبى حنيفة وهو صغير وكان أبو حنيفة يتوسم فيه النباهة والذكاء : لكن ابو حنيفة توفى ومحمد صغير السن فأتم دراسته على أبى يوسف وهو الذى جمع مسائل فقه أبى حنيفة وتولى كتابتها واملاءها فى كتبه الستة المشهورة وهى الأصل المسمى بمبسوط محمد والجامع الكبير والجامع الصغير

وكتاب السير الكبير وكتاب السير الصغير والزيادات . وله كتب أخرى لم ترو عنه بالشهرة التي رويت بها الكتب الأولى ولذا سميت بالنوادر ولأبي يوسف كتب مروية عنه كذلك . وزيد على ذلك فيما بعد أجوبة الفتاوى لحوادث لم توجد لها أجوبة فيما نقل عن الأصحاب سميت بالواقعات . وبذا صارت مسائل الفقه الحنفي مؤلفة من ثلاثة أنواع (الأول) كتب ظاهر الرواية وهي المرجع الذي يعتمد عليه في المذهب الحنفي (الثاني) كتب النوادر وهي في الرتبة الثانية (الثالث) الواقعات وهي في الرتبة الثالثة لأنها تخريجات لمشايخ المذهب .

والترجيح بينها بحسب الأصل هو على الترتيب السابق . وقد يرجح بعض المتأخر على بعض المتقدم لأسباب أخرى ليس محلها هنا وقد بينت بيانا وافيا في رسم المفتي وهو القانون الذي يرجع إليه في الفتوى وقد انتشر المذهب الحنفي بقوة السلطان في بلاد المشرق بواسطة أبي يوسف كما أسلفنا وبإيثار الخلفاء العباسيين له في القضاء على غيره . وانتشر كثيرا ببلاد المغرب إلى قريب سنة ٤٠٠ حتى غلب على جزيرة صقلية (سيسليا) وانتشر بمصر أيضا في أوائل الدولة العباسية وزاحمه فيها مذهب مالك ومذهب الشافعي . وهو الآن منتشر في بلاد الهند بكثرة عظيمة جدا ، وهو السائد على البلاد التركية . وهو مرجع القضاء في مصر إلى الآن (انظر المادة ٢٨٠ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) وقد أدخلت بعض تغييرات قليلة من المذاهب الأخرى . والآن قد شرع في تعديل عام يقتضي تحرير القضاء الشرعي من التقيد بمذهب معين وذلك بوضع قوانين جديدة شرعية لكل من المواريث والوصايا والوقف والزواج والطلاق وما يتصل بذلك وهذه القوانين لا تخرج عن نطاق ما جاء به الشرع الاسلامي

غير أنها لم تقيد بمذهب إمام معين . وهى خطوة نرجو أن تكون مباركة إن شاء الله تعالى

الامام مالك

هو مالك بن أنس الأصبحى أصله من اليمن وقد كان أحد أجداده أبو عامر من أصحاب رسول الله ﷺ .

ولد مالك سنة ٩٣ بالمدينة المنورة وتوفى بها سنة ١٧٩ ولم يرحل عن المدينة إلى غيرها من البلاد وكان إماما فى الحديث وإماما فى الفقه معا . وقد أجمع الناس على فضله وإمامته فى كل منهما

وكان اعتماده فى فتواه على كتاب الله أولا ثم على السنة ، لكنه كان يقدم عمل أهل المدينة على خبر الواحد إذا كان مخالفا له وذلك لاعتقاده أن أهل المدينة توارثوا ما كانوا يعملون به عن سلفهم وسلفهم توارثوه عن الصحابة فكان ذلك أثبت عنده من خبر الواحد . لكن الشافعى وبعض الأئمة خالفوه فى هذا بحجة أن كثيرا من السنة حمله بعض الصحابة معهم إلى الأمصار والبلدان المفتوحة التى رحلوا اليها واستقروا فيها . فليست السنة كلها محصورة فى عمل أهل المدنية ، بل بعضها بل الكثير منها موجود فى غيرها . وعلى ذلك إذا صح الحديث عند هؤلاء أخذوا به سواء أكان موافقا لعمل أهل المدينة أم كان مخالفا له على عكس مالك فى هذا

وبعد السنة يرجع مالك إلى القياس ومما لا شك ولا ريب فيه أن كثيرا من مسائل مذهبه مبنى على المصالح المرسلة (١) حتى انك لتجد بعض أحكام المسائل فيه تخصيص لعموم الكتاب بالمصلحة (١)

---

(١) انظر مذكرة الأصول صفحة ١٠٣ وما بعدها وانظر الأمثلة هناك

وقد تلقى الشافعى عنه الحديث وتفقه به وحضر دروسه أهل مصر وأهل المغرب وأهل الأندلس وانتفعوا به انتفاعا كبيرا ونقلوا مذهبه ونشروه فى بلادهم . وكان هو المذهب السائد على بلاد الأندلس بواسطة أمير تلك البلاد كما نشر الخلفاء العباسيون مذهب أبى حنيفة .

ومذهب مالك الآن هو السائد على بلاد المغرب وصعيد مصر وبلاد السودان .

وقد طبعت المدونة التى هى أساس فقه مالك مرتين بمصر وهى منتشرة بمصر وكذلك طبع الموطأ مجردا من الشرح وطبع مشروحا بشروح مطولة وموجزة ، وهو منتشر عندنا بكثرة عظيمة جدا

واقتبس المشرع المصرى بعض أحكام من مذهب مالك لترجع اليها المحاكم الشرعية فى مصر وكذلك من مذهب الشافعى ابتداء من سنة ١٩٢٠ كما سيأتى .

الامام الشافعى

هو محمد بن إدريس الشافعى القرشى يلتقى نسبه مع النبى ﷺ فى عبد مناف ولد سنة ١٥٠ بمدينة غزة يتيما ثم انتقلت به أمه إلى مكة ، وتوفى بمصر سنة ٢٠٤ وضريحه بها مشهور

كان أبوه ادريس قد سافر إلى غزة فى حاجة له هناك وكانت أم الشافعى حاملا به فتوفى والده ادريس هناك وولد الشافعى بتلك المدينة . فرجعت به أمه إلى مكة بعد سنتين من مولده لأن مكة هى الوطن الأصلى لآباء الشافعى .

وقد حفظ الشافعى القرآن فى صباه ثم خرج إلى قبائل هذيل ببادية العرب

وكانوا من أفصح العرب فاستفاد الفصاحة منهم وحفظ كثيرا من أشعارهم . وقد كان يضرب به المثل في الفصاحة . وسمعت من الأستاذ الشنقيطي الكبير رحمه الله أن اثنين في ذلك العصر لم يسمع من أحد منهما لحن قط ، الامام الشافعي ، والخليفة المأمون ، قال لنا هذا بمنزله بشارع أمير الجيوش (مرجوش) بمدينة القاهرة .

وتفقه الشافعي بمكة على شيخ الحرم ومفتيه مسلم بن خالد . ثم رحل إلى المدينة بعد أن حفظ الموطأ وقرأه على مالك ، وأخذ العلم عنه . فمالك هو الأستاذ الثاني للشافعي .

ثم سافر إلى العراق ثلاث مرات ، والتقى في خلالها بأصحاب الامام أبي حنيفة ، وكانت له مناظرات مع محمد بن الحسن ، ونشر بالعراق مذهبه القديم . ثم جاء إلى مصر سنة ١٩٨ ونزل مدينة الفسطاط التي فيها جامع عمرو بن العاص ونشر علمه بين المصريين وكون مذهبه الجديد بمصر . واستمر يملي على تلاميذه ويفيدهم من علمه وفقهه إلى أن توفاه الله تعالى اليه سنة ٢٠٤ كما أسلفنا .

ومن املائه كتاب الأم وهو كتاب جليل عظيم الفائدة . وقد طبع بمصر . وهو أساس مذهبه

ومن مفاخر الشافعي رحمه الله وضعه لعلم أصول الفقه فكتب في ذلك رسالته المعروفة وبذلك ضبطت طرق الاجتهاد واستنباط الأحكام وابتعدت عن الفوضى بالقدر المستطاع . والشافعي هو الذي نشر مذهبه بنفسه في العراق وفي مصر . وقام بذلك تلاميذه بعده فزاحم مذهب الحنفية ومذهب المالكية وأصبحت له السيادة على ريف مصر (الوجه البحري) وعلى أكثر بلاد الشام وبعض اليمن والحجاز وأواسط آسيا .

الامام أحمد

هو أحمد بن حنبل الشيبانى المروزى ولد بمدينة مرو [١] سنة ١٦٤ وتوفى ببغداد سنة ٢٤١ .

وقد حمل إلى بغداد رضيعا فلما شب تلقى الحديث عن أكابر المحدثين من أهل عصره ، وتلقى عنه الحديث الأئمة العظام . ومنهم البخارى ومسلم . وقد غلب عليه الاشتغال بالحديث ، حتى لقب بحق بإمام أهل السنة ، وصنف مسنده المشهور ، فى ستة مجلدات وهو مطبوع بمصر كما أسلفنا

وأخذ الفقه عن الامام الشافعى ولازمه مدة مقامه ببغداد فهو تلميذ للشافعى فى الفقه .

وهو من الأئمة المجتهدين لكنه إلى الحديث أميل منه إلى الفقه . ولم يخرج مذهبه من حدود العراق إلا بعد القرن الرابع . ولم يظهر ظهورا بينا فى مصر إلا فى القرن السابع . وقد غلب على بغداد فى القرن الرابع . وهو الآن المذهب السائد فى البلاد النجدية . ويوجد فى بعض أنحاء العراق والشام والحجاز وله طلاب فى الأزهر بمصر لكنهم قليلو العدد جدا بالنسبة لاتباع المذاهب الأخرى .

وقد جمع بعض أصحاب الامام أحمد أقواله وفتاواه فى مجلدات لكننا لم نطلع عليها . ومن أشهر كتب مذهبه . كتاب المغنى لابن قدامة فى اثنى عشر مجلدا وهو مطبوع بمصر . وهو من أجل وأعظم الكتب الفقهية . ويوجد

---

(١) هى مدينة مشهورة ببلاد فارس . وفى طبقات الشافعية الكبرى أن أمه جاءت به من مرو وهو حمل إلى بغداد فولدته بها .

غيره كالاقناع والمقنع وشروحهما والفروع ودليل الطالب . وكل هذه الكتب مطبوعة بمصر .

المذاهب الأخرى

لم ينحصر الأئمة المجتهدون فى هؤلاء الأربعة ، بل هم لا يحصون كثرة ولا سيما فى القرن الأول والقرن الثانى . لكن هذه المذاهب الأربعة هى التى انتشرت بين أهل السنة وقدر لها البقاء بين السواد الأعظم من المسلمين .
وأما مذاهب المجتهدين غيرهم فقد بادت بعد زمن طويل أو قصير مما يطول شرحه ويضيق عنه الوقت

غير أنه يوجد الآن ثلاثة مذاهب أخرى تزاحم المذاهب الأربعة وهى

(١) مذهب الشيعة الامامية ويقال له المذهب الجعفرى نسبة إلى الامام جعفر الصادق وهو السائد الآن على البلاد الفارسية ، ويزاحم مذهب أهل السنة فى بغداد والعراق وبعض بلاد الشام ، كما أسلفنا

(٢) مذهب الشيعة الزيدية نسبة إلى الامام زيد بن على بن الحسين من أئمة أهل البيت ، كما قدمنا وهو السائد الآن ببلاد اليمن

(٣) مذهب الأباضية نسبة إلى عبد الله بن اباض الذى مات سنة ٨٦ فى عهد عبد الملك بن مروان وهو السائد الآن على بلاد عُمان فى الجنوب الشرقى من جزيرة العرب وفى بلاد زنجبار . ويزاحم المذهب المالكى فى جنوب بلاد الجزائر وفى طرابلس الغرب وبعض جزائر تونس

المقالة الخامسة

فى استقرار مذاهب الأئمة الأربعة والمذاهب الثلاثة الأخرى ووجود مقلدين لكل مذهب منها ودفاع كل عن مذهب إمامه، حتى تركوا الكتاب والسنة ووقفوا عند حدود تلك المذاهب الفقهية

لم ينته القرن الرابع من الهجرة إلا وقد فتر الاجتهاد فى الفقه وعكف الناس على المذاهب المدونة ولا سيما المذاهب الأربعة المعروفة عند أهل السنة وقد عاش بجانب هذه المذاهب مذاهب أخرى انقرضت تباعا وكان أطولها عمرا مذهب داود بن على الاصبهانى إمام أهل الظاهر فقد عاش هذا المذهب إلى القرن الثامن الهجرى ثم لحق بأخواته من المذاهب المنقرضة . ولم يبق إلا مذاهب الطوائف الثلاث ومذاهب أهل السنة الأربعة وكلها باق إلى الآن ولكل منها أتباع ومقلدون. وقد ألف فى كل منها مالا يحصى من الكتب المطولة والمختصرة

كذلك القضاء دخل فى دور التقيد بأحد هذه المذاهب على حسب ماتهيئه له الظروف فى كل زمان ومكان . وتبعت الفتيا القضاء فتقيدت بهذه المذاهب أيضا إلا فى القليل النادر فى بعض البلاد الاسلامية

والعمل عندنا بمصر إلى سنة ١٩٢٠ كان بالمذهب الحنفى وحده فى قضاء المحاكم الشرعية وفى الفتوى . ثم أدخل عليه بعض تعديلات مقتبسة من المذاهب الأخرى كبعض أحكام النفقات وتطليق القاضى على الزوج فى بعض الحالات وعدة ممتدة الطهر وزوجة المفقود ومدة الحمل وغير ذلك مما دعت اليه الحاجة واقتضته المصلحة

ثم تلت هذه الخطوة خطوة أخرى أوسع منها وهى الأخذ أيضا من غير المذاهب الأربعة المشهورة فى حكم وقوع الطلاق المقترن بلفظ الثلاث واعتباره طلقة واحدة رجعية إذا كانت الزوجة مدخولا بها وإلا فواحدة بائنة ، وفى عدم وقوع الطلاق المحلوف به إذا كان قصد الحالف من يمينه الامتناع عن فعل شيء أو حمل نفسه على فعل أمر من الأمور . وهكذا إلى آخر ما جاء فى تعديل سنة ١٩٢٠ وتعديل سنة ١٩٢٩ وما بينهما

وبعد ذلك جاءت لائحة المحاكم الشرعية المعمول بها الآن وهى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فأدخلت تعديلات أخرى ذات قيمة عظيمة ، منها اعتبار القرائن من ضمن الحجج الشرعية ، وقبول شهادة النفى بإزاء شهادة الاثبات وموازنة القاضى بين الشهادتين ، وعدم تجزؤ الاقرار

والآن جاءت خطوة أوسع مدى مما سبقها وذلك فى شهر ديسمبر سنة ١٩٣٧ فقد شكلت بأمر الحكومة لجنة من خيار علماء الفقه الاسلامى ورجال القانون لوضع أربعة مشروعات لقوانين شرعية فى حدود ما فى كتب الفقه الاسلامى بدون تقيد بمذهب بناء على جواز التلفيق حيث يصح أن تكون المسألة الملفقة قولا لمجتهد . وقد أسلفنا ذلك فى ترجمة أبى حنيفة وصاحبيه

وانى أحمد الله تعالى كل الحمد أن ناديت بهذا الاصلاح قبل تشكيل تلك اللجنة بعشر سنين كاملة أى فى ديسمبر سنة ١٩٢٧ فى مقال افتتاحى فى مجلة كلية الحقوق

وقد تحقق ما دعوت اليه على وفق ما دعوت اليه تماما . ومما يسرنى أنى من أعضاء هذه اللجنة حتى الان

وقد أتمت اللجنة مشروع قانون المواريث ومذكرته الايضاحية . ويكاد

يتم مشروع الوصية . وستكون هذه القوانين عامة للعمل بها بين جميع سكان القطر المصرى بعد حين من الزمن .

وبقى الان مشروع قانون الوقف ومشروع قانون الزواج والطلاق وما يتبعهما . نسأل الله تعالى أن يتم ذلك على أحسن حال

تم كتابة فى مساء يوم الأحد ٢٦ صفر سنة ١٣٥٨ — ١٦ ابريل سنة ١٩٣٩ والحمد لله أولا وآخرا

كتبه

احمد ابراهيم بك

أستاذ الشريعة الاسلامية

بكلية الحقوق بجامعة فؤاد

(الجامعة المصرية)

فهرس تاريخ التشريع

صفحة

١ تمهيد فى معنى التشريع والفقه . أنظر مذكرة الأصول صفحة ١٦٧
٢ ومابعدها بيان إجمالى لبلاد العرب منبع الشرع الاسلامى

المقالة الاولى

٤ التشريع فى عهد الرسالة
٥ القرآن الكريم
الموضوعات التى احتواها القرآن . عدم الحرج فى التشريع ، التدرج فى التكاليف الشرعية . أمثلة ثلاثة . المكى والمدنى . سور القرآن . كتابة القرآن . أسلوب القرآن فيما جاء به من التكاليف
١٤ السنة
١٥ القياس والاجماع فى هذا العهد

المقالة الثانية

فى الدور الأول من أدوار الفقه فى عهد الخلفاء الراشدين
١٦ تمهيد تاريخى
١٧ الأحزاب الثلاثة . الخوارج والشيعة وجمهور الأمة
١٨ الخوارج
١٩ الشيعة
الكيسانية . الزيدية . الاسماعيلية . الامامية
٢٢ جمهور الأمة
٢٣ المدة الأولى من الدور الأول
٢٤ المدة الثانية من الدور الأول

صفحة

المقالة الثالثة

فى الدور الثانى من أدوار الفقه فى مدة الدولة الأموية

٢٧ تمهيد تاريخى
٢٨ حال الفقه فى هذا الدور
٢٩ النزاع بين الرأى والحديث
٣٠ تدوين الأحاديث

المقالة الرابعة

فى الدور الثالث من أدوار الفقه وهو دور تدوينه وجعله علما كسائر العلوم

٣٢ تمهيد تاريخى
٣٣ تدوين الفقه وظهور الأئمة العظام أصحاب المذاهب الأربعة
٣٤ الأئمة المجتهدون
٣٥ أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وانتشار المذهب الحنفى
٣٩ مالك بن أنس وانتشار المذهب المالكى
٤٠ الشافعى محمد بن ادريس وانتشار المذهب الشافعى
٤٢ أحمد بن حنبل وانتشار المذهب الحنبلى
٤٣ المذاهب الأخرى
الشيعة الامامية . الشيعة الزيدية . الاباضية

المقالة الخامسة

فى استقرار المذاهب وعصر التقليد وانتصار كل طائفة لما اختارته مذهبا لها

٤٤ ماعليه العمل عندنا الان ، والتعديلات الجديدة

المؤلف فى كلمات

١٣٦٤هـ - ١٩٤٥م

أحمد إبراهيم : فقيه باحث مدرس . من أهل القاهرة . تخرج بدار العلوم سنه ١٣١٥هـ . واحترف التعليم فكان مدرس الشريعة فى مدرسة القضاء الشرعى ثم فى كليه الحقوق . وكان من أعضاء المجمع اللغوى . امتاز بأبحاثه فى المقارنة بين المذاهب والشرائع . له نحو (٢٥) كتاباً ، منها « أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية » و« النفقات » و« الوصايا » و« طرق الاثبات الشرعية » فى الفقه المقارن .
و « أحكام الهبة والوصية وتصرفات المريض »
وكان سمح الخلق ألوفاً
مرح النفس .(١)

الأعلام للزركلي
(ج - ١)
(ص - ٨٦)

أسعد سيد أحمد

طبعت بالمطبعة الفنية - القـاهـرة ت : ٩١١٨٦٢

Bibliotheca Alexandrina
0582936